

บทที่ 2

ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับผลของคำพิพากษาและคำวินิจฉัยในการควบคุมฝ่ายบริหาร

เมื่อมนุษย์ได้มาอยู่รวมกันเป็นสังคม ความจำเป็นในการที่ต้องติดต่อสัมพันธ์กันทางสังคม กับความจำเป็นในการดำรงอยู่ของสังคมของตนทำให้ต้องมีการตรากฎหมายขึ้นใช้ ในกรณีเช่นนี้โรสริก เพานด์ (Roscoe Pound)* มีความเห็นว่า กฎหมายคือเครื่องมือในการสร้างความสมานฉันท์และคานาประโยชน์ต่าง ๆ ในสังคมให้สมดุลกันโดยให้คิดถึงกฎหมายในแง่ของสถาบันสังคม เพื่อความต้องการของสังคมทำให้มนุษย์ได้รับความพอใจจากความต้องการหรือการเรียกร้อง หรือความปรารถนาผ่านการควบคุมของสังคม มีการรวบรวมและให้หลักประกันแก่ผลประโยชน์ทางสังคมอย่างมีประสิทธิภาพ มีการจัดความสูญเปล่าและทำให้สิ่งที่รบกวนความสงบสุขของมนุษย์ให้หมดสิ้นไป¹

ตามแนวคิดของโรสริก เพานด์ นั้น เขาเห็นว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างความสมานฉันท์ทางสังคมและคานาประโยชน์ต่าง ๆ ให้สมดุลกัน ทั้งประโยชน์ส่วนตัว (individual interests) ซึ่งได้แก่สิทธิเสรีภาพในร่างกายและทรัพย์สินของปัจเจกชน กับผลประโยชน์ของมหาชน (public interests) ได้แก่ การเมืองและรัฐ รวมทั้งผลประโยชน์ของสังคม (social interests) ซึ่งได้แก่ ศีลธรรม ความมั่นคงปลอดภัย การใช้ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น

ข้อที่ควรนำมาพิจารณาในเบื้องต้นก็คือ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐออกเป็นสามฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Power) ฝ่ายบริหาร (Executive Power) และ

*โรสริก เพานด์ (Roscoe Pound) เป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด สหรัฐอเมริกา มีชีวิตอยู่ในปี ค.ศ. 1870-1964 เป็นผู้ก่อตั้งทฤษฎีวิสวกรรมสังคม (Social Engineering) แนวความคิดของเขาปรากฏอยู่ในหนังสือและบทความที่เขาเขียนขึ้นหลายฉบับ เช่น The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (25, Havard Law Review, 1912)

¹Steven Vago, Law and Society (New Jersey: Prince-Hall Inc., 1981), P.19.

ฝ่ายตุลาการ (Judicial Power) นั้น เป็นหน้าที่ร่วมกันของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ที่จะนำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราออกมาใช้ปกครองประเทศให้มีผลบังคับตามกฎหมาย แต่ในส่วนที่กระทบถึงสิทธิและหน้าที่ของเอกชนโดยตรง ก็คือฝ่ายบริหารหรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าฝ่ายปกครอง ซึ่งทำหน้าที่ปกครองดูแลทุกข์สุขของประชาชน จะมีบทบาทสำคัญในการผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนอย่างกว้างขวาง ในขณะที่ฝ่ายตุลาการจะมีบทบาทก็ต่อเมื่อมีข้อพิพาทในทางคดีขึ้นมาสู่ศาล

การผูกนิติสัมพันธ์ (juristic relation) ระหว่างฝ่ายปกครองในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐกับเอกชนนั้นอยู่บนพื้นฐานและแนวคิดที่แตกต่างกันสองฐานะ กล่าวคือ

ฐานะหนึ่ง ฝ่ายปกครองผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนตามกฎหมายเอกชน โดยมีพื้นฐานตามหลักของการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง

อีกฐานะหนึ่ง ฝ่ายปกครองผูกนิติสัมพันธ์กับเอกชนตามกฎหมายมหาชน โดยมีพื้นฐานตามหลักของการทำนิติกรรมตามกฎหมายมหาชน

การผูกนิติสัมพันธ์โดยพื้นฐานของกฎหมายที่แตกต่างกันดังกล่าว ทำให้มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย โดยลักษณะความเป็นทวินิยมของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนต่างก็มีความสำคัญอย่างมากต่อกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายและนิติสัมพันธ์ เมื่อฝ่ายปกครองได้กระทำการในขอบเขตด้านหนึ่งด้านใดนั้น ย่อมผูกมัดไว้กับผลของกฎหมายที่แตกต่างกันไปแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามในหลาย ๆ กรณีก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลและอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองด้วย² ดังจะได้ศึกษาต่อไป

ศูนย์วิทยุทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²ห้สวุฒิ วิจิตรวิริยกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย: ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน", วารสารนิติศาสตร์ 2 (มิถุนายน 2533): 177.

ส่วนที่ 1

ความแตกต่างระหว่างนิติสัมพันธ์ในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน

1. ทฤษฎีนิติเหตุและนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน

ประวัติความเป็นมา วิวัฒนาการของระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ในโลกปัจจุบัน มีประวัติความเป็นมาตั้งแต่เมื่อราว 500 ปีก่อนคริสตกาล เดิมดินแดนที่เป็นที่ตั้งของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปประกอบด้วยชนหลายเผ่า และตกอยู่ภายใต้การยึดครองของอาณาจักรโรมันประมาณ 600 ปี³ ชนเผ่าเหล่านี้มีกฎหมายประจำเผ่าของตนกับกฎหมายโรมันสำหรับคนต่างประเทศที่ไม่ใช่โรมัน จนกระทั่งถึงรัชสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียนได้มีความพยายามจัดทำประมวลกฎหมายแห่งชิ้นสำเร็จ เรียกว่า Corpus juris Civilis ซึ่งนิยมเรียกกันว่าประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian Code) ซึ่งเป็นแนวคิดต่อมาในการจัดทำประมวลกฎหมายพาณิชย์เยอรมัน (The German Commercial Code) และประมวลกฎหมายของพระเจ้านโปเลียน (The Code Napoléon) ในศตวรรษที่ 19 ประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนก็ดี ประมวลกฎหมายแห่งของพระเจ้านโปเลียนก็ดีได้ส่งผลให้เกิดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Codified Law) ขึ้นในโลก ระบบนี้ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก และมีการจัดทำกฎหมายไว้เป็นหมวดหมู่ในรูปของประมวลกฎหมาย⁴

สำหรับแนวความคิดที่ว่าควรแบ่งกฎหมายออกเป็นสองสาขาใหญ่ๆ คือกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนนั้นเป็นแนวคิดที่มีอยู่แล้วตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมัน และเป็นแนวคิดที่ปรากฏอยู่ทั้งในกฎหมายสำหรับคนที่ไม่ใช่ชาวโรมัน (Jus Gentium) และประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน (Justinian Code) ซึ่งต่อมาแม้อาณาจักรโรมันได้ล่มสลายลงแล้ว แต่แนวคิดนี้ก็ยังคงแพร่หลายอยู่ในยุโรปอีกหลายศตวรรษ จนกลายเป็นปรัชญาของการแบ่งแยกสาขากฎหมาย ในขณะที่มีวิวัฒนาการทางอารยธรรม เศรษฐกิจและสังคมของยุโรปได้ก้าวหน้าขึ้นอย่างรวดเร็ว ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่

³วินัย เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530) หน้า 100-104.

⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 104-157.

มีบทบาทสำคัญประเทศหนึ่งที่ได้ทำการพัฒนาแนวความคิดต่าง ๆ จนสามารถพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้น เป็นระบบกฎหมายที่เป็นเอกเทศต่างหากจากระบบกฎหมายเอกชน⁵

ศาสตราจารย์ ไอเซินมาน ชาวฝรั่งเศส ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า นักกฎหมายฝรั่งเศสรุ่นเก่าได้ให้คำอธิบายไว้ว่า การกระทำของมนุษย์(acte) มีความจำเป็นที่จะกระทำทั้งเพื่อประโยชน์ของส่วนตัวและของส่วนรวม แต่เดิมนักนิติศาสตร์ของฝรั่งเศสจึงได้อธิบายว่า "actes" นั้น แบ่งเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ "acte juridique" กับ "acte matériel" ซึ่งศาสตราจารย์ ดูก็ต์ (Duguit) ได้อธิบาย "acte juridique" ไว้ว่า หมายถึง "การกระทำที่ได้กระทำลงไปโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางกฎหมาย (les actes qui sont faits en vue de provoquer une modification dans l'ordonnement juridique) ซึ่งก็คือนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน ส่วน "acte matériel" นั้น ได้แก่ "การกระทำทั้งหลายที่เป็นกระบวนการหรือขั้นตอนในการปฏิบัติงาน" ซึ่งศาสตราจารย์ ไอเซินมาน ได้เสนอให้แบ่งแยก "actes" นี้ ออกเป็นสองประเภท คือ "actes normateurs" คือการกระทำที่ก่อให้เกิดแบบแผนและกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย กับ "actes non normateurs" ซึ่งได้แก่การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดกฎเกณฑ์และแบบแผนทางกฎหมาย ในเวลาต่อมาได้มีการพยายามอธิบายว่า เมื่อฝ่ายปกครองกระทำการ (actes) ที่เรียกว่า การดำเนินการทางปกครอง (opérations administratives) นั้น เป็นการกระทำเพื่อตอบสนองประโยชน์ของสาธารณะ จึงเกิดนิติกรรมทางปกครอง (actes administratifs) ขึ้น⁶

ฉะนั้น ในเบื้องต้นจึงต้องทำการศึกษาถึงทฤษฎีและแนวคิดของหลักเกณฑ์ของนิติเหตุ (fait juridique) และนิติกรรม (acte juridique) ตามกฎหมายเอกชนเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกระทำหรือนิติกรรม (actes) ตามกฎหมายมหาชน ดังนี้

1.1 นิติเหตุ (legal cause - fait juridique) บุคคลทั้งหลายทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่าง ๆ ที่เกิดมาหรือกำเนิดขึ้นย่อมมีสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมาย อันเป็นสภาพตาม

⁵ชาดูชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและปรัชญากฎหมายมหาชน", วารสารกฎหมายปกครอง 4 ตอน 3 (ธันวาคม 2528): 483, 570.

⁶Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, Tome II (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982), p.187-188.

กฎหมายที่มีอำนาจอันที่จะบังคับให้ผู้อื่นรับรู้ และปฏิบัติต่อตนตามกฎหมาย บุคคลที่มีสิทธิต่าง ๆ เหล่านี้ เรียกว่า ผู้ทรงสิทธิ⁷ ซึ่งสามารถใช้สิทธิที่ตนมีอยู่เพื่อประโยชน์ของตน การใช้สิทธิดังกล่าว ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงสิทธิ⁸ เหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดผลเป็นความเคลื่อนไหวในสิทธิตามกฎหมายไม่ว่าในทางหนึ่งทางใดเรียกว่า "นิติเหตุ"⁹ ซึ่งแบ่งแยกตามประเภทของ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้ดังนี้

1.1.1 นิติเหตุที่เกิดจากเหตุการณ์ตามธรรมชาติ¹⁰ ได้แก่ เหตุการณ์ตามธรรมชาติที่เกิดขึ้นเกี่ยวข้องกับบุคคลและมีผลตามกฎหมาย เช่น การเกิดของมนุษย์¹¹ การมีอายุมากขึ้นจนพัฒนาภาวะการเป็นผู้เยาว์¹² การถึงแก่ความตาย เหล่านี้เป็นเหตุการณ์ตามธรรมชาติซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคล ทำให้บุคคลมีสิทธิ หรือหมดสิทธิต่าง ๆ ได้

เหตุการณ์ตามธรรมชาติโดยทั่ว ๆ ไป ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับบุคคล กฎหมายไม่รับรองให้เกิดผลใด ๆ เช่น ผ่นตก พังร้อง น้ำท่วม นกบิน ไม้ชนิติเหตุ และไม่มี

⁷ดังเช่นที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 ว่า "...นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เหมือนบุคคลธรรมดา เว้นเสียแต่สิทธิและหน้าที่ ซึ่งว่า โดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น"

⁸ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 1 บัญญัติว่า "ความสามารถในการมีสิทธิของบุคคล เริ่มแต่บุคคลนั้นคลอดโดยสมบูรณ์" สิทธิมีอยู่หลายอย่างเช่น สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

⁹ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2527), หน้า 4 - 5.

¹⁰ประกอบ พุทธะสิงห์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พระนคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2507), หน้า 7.

¹¹ดังเช่นที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ว่า "สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก..."

¹²ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 บุคคลพ้นจากภาวะการเป็นผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 2 บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่อ มีอายุครบยี่สิบเอ็ดปีบริบูรณ์

ไม่ได้มีเจตนาหรือจงใจหรือคาดหวังว่า การกระทำของตนจะก่อให้เกิดผลตามกฎหมาย โดยกฎหมาย จะกำหนดให้มีความผูกพันขึ้น มีภาระหน้าที่ตามผลของกฎหมาย ซึ่งได้เกิดขึ้นเองตามที่กฎหมายบัญญัติ และบุคคลผู้นั้นจำเป็นต้องรับผลที่เกิดขึ้นนั้นด้วยโดยบทบัญญัติของกฎหมาย เช่นการจัดการงานนอกสิ่ง ลาม มิควรรได้¹⁸ เป็นต้น

1.1.2.2 นิติเหตุที่เกิดจากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคล¹⁹ ได้แก่ การกระทำของบุคคลที่ได้กระทำโดยเจตนา จงใจ หรือกระทำโดยไม่เจตนา ไม่จงใจ หรือกระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวังและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตน ได้แก่ การกระทำละเมิด²⁰ นิติเหตุ ประเภทนี้แตกต่างจากนิติเหตุที่เกิดจากการกระทำของบุคคลและเกิดผลขึ้นเองโดยอำนาจของกฎหมายที่ ว่า การกระทำละเมิดเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น แต่การกระทำ เช่น ลาม มิควรรได้ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายโดยตลอด ทั้งสองกรณีกฎหมายบัญญัติให้มีหน้าที่ติดตามมา ภายหลังจากการกระทำของบุคคลนั้นด้วยคล้าย ๆ กัน

การกระทำในบางลักษณะหมายถึงการงดเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่งด้วย หากบุคคลนั้นมีหน้าที่จะต้องงดเว้นการกระทำนั้นเพื่อบุคคลอื่น แต่ไม่เข้าหมายถึงหน้าที่ทั่ว ๆ ไป (devoir) เช่น บุคคลทุกคนต่างมีหน้าที่ต้องงดเว้นไม่ทำร้ายร่างกายหรือทรัพย์สินซึ่งกันและกัน แต่ยังไม่เข้านิติเหตุที่จะเกิดความผูกพันตามกฎหมาย บุคคลใด ๆ จะไปฟ้องศาลขอให้

¹⁸เช่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 395 และ 401 บัญญัติหลักเกณฑ์ การที่บุคคลใดเข้าทำกิจการแทนบุคคลอื่น โดยเขามิได้จ้างวานให้ทำ หรือทำไปโดยไม่มีสิทธิที่จะ แทนแทน บุคคลนั้นจะต้องจัดการงานไปในทางที่สมประโยชน์ของตัวการ หรือตามความประสงค์ ของตัวการอันแท้จริงหรือตามที่พึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นความพึงประสงค์ของตัวการ และตัวการต้อง ชดเชยเงินที่บุคคลนั้นได้จัดการดังกล่าวไปให้แก่ตน

¹⁹ปิยะนุช ropicavanich, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, หน้า 17.

²⁰ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า "ผู้ใดจงใจหรือประมาท เลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพ ก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

ศาลสั่งบังคับให้บุคคลอื่นงดเว้นการทําร้ายร่างกายหรือทรัพย์สินซึ่งกันและกัน แต่ยังไม่่าชนิดิเหตุที่จะ
 เกิดความผูกพันตามกฎหมาย บุคคลใด ๆ จะไปฟ้องศาลขอให้ศาลสั่งบังคับให้บุคคลอื่นงดเว้นการทําร้าย
 ร่างกายหรือทรัพย์สินตนไม่ได้²¹ เพราะยังไม่่ามีนิติเหตุเกิดขึ้น การงดเว้นการทําร้ายที่จะก่อให้เกิดผล
 ผูกพันต้องเป็นลักษณะหน้าที่ที่เป็นหนี้ (obligation)²² และบุคคลได้ปฏิบัติฝ่าฝืนหน้าที่ซึ่งกฎหมาย
 กำหนด เช่น สัตว์ที่อยู่ในความดูแลรักษาของบุคคลใดไปก่อความเสียหายให้แก่บุคคลอื่น กฎหมายบัญญัติ
 ให้เจ้าของหรือผู้รับเลี้ยง รับผิดชอบต่อไว้แทนเจ้าของ ต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทน โดยบุคคลผู้ต้อง
 รับผิดชอบ ไม่ต้องกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ²³ เพราะเจ้าของหรือผู้รับเลี้ยง รับผิดชอบต่อ
 ไว้เป็นผู้มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่การเลี้ยง การรักษา ตามชนิดและนิสัยของสัตว์
 ที่จะไม่ให้สัตว์นั้น ไปก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่น เพราะสัตว์ก่อการละเมิดไม่ได้ แต่เป็นเรื่องสัตว์ก่อ
 ความเสียหายขึ้นและกฎหมายบัญญัติให้บุคคลต้องรับผิดชอบ จึงเป็นนิติเหตุซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดผล
 ตามกฎหมาย²⁴ —

1.2 นิติกรรม (juristic act - actes juridique)

ดังที่ได้กล่าวในตอนต้น²⁵ ว่าแนวความคิดในเรื่องการแบ่งกฎหมายออกเป็น
 กฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชน ได้มีมาตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว เมื่ออาณาจักรโรมันล่มสลายลงแล้วเป็น

²¹ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 194 และมาตรา 213 การชำระหนี้ด้วย
 งดเว้นการอันใดอันหนึ่งย่อมมิได้ และเจ้าหนี้อาจฟ้องศาลร้องขอให้ศาลสั่งให้ลูกหนี้งดเว้นการกระทำ
 นั้น และเรียกหรือให้รื้อถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นได้

²²ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้,
 หน้า 294.

²³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 433 และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส
 มาตรา 1385 บัญญัติไว้คล้ายกันว่า เจ้าของสัตว์หรือผู้ทำสัตว์ระหว่างที่สัตว์จะต้องรับผิดชอบในความ
 เสียหายที่สัตว์นั้นก่อขึ้น

²⁴พจิตร บุญพันธุ์, "กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ความ
 รับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะสัตว์", วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ ฉบับพิเศษ (2523):
 50-61.

²⁵ดูหัวข้อ ประวัติความเป็นมา ส่วนที่ 1 บทที่ 2

เวลา 10 ศตวรรษ ขนเผ่าต่าง ๆ ในยุโรปได้มีการรวมกลุ่มกันแบ่งแยกดินแดนปกครอง ต่อมา เยอรมันเป็นเผ่าที่มีความแข็งแกร่งที่สุดของชนเผ่าทั้งหลายในภาคพื้นยุโรป จนสามารถสถาปนาอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชาติเยอรมัน (The Holy Roman Empire of the German Nation) ขึ้น เริ่มมีการร่างกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขึ้นตามแนวของประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียนเป็นชาติแรก ส่วนฝรั่งเศสก็มีการร่างกฎหมายขึ้นใช้ด้วย โดยปรากฏว่าฝรั่งเศสกลายเป็นชาติแรกที่สามารถจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นสำเร็จในปี ค.ศ.1804 เรียกว่าประมวลกฎหมายแพ่งของพระเจ้าเนโปเลียน (The Code Napoleon)²⁶

หลักกฎหมายแพ่งที่เยอรมันและฝรั่งเศสรับมาใช้ คือ หลักส่วนใหญ่ที่มีอยู่แล้วในประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักของนิติกรรม²⁷

นิติกรรมคือ เหตุการณ์จากการกระทำของมนุษย์ที่ทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในความสัมพันธ์ทางกฎหมาย คือ ก่อ โอน เปลี่ยนแปลง หรือระงับสิทธิ²⁸ บุคคลแต่เพียงฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่ายในนิติกรรมได้แสดงเจตนาของตนและมีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในนิติสัมพันธ์และเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงนั้น คำว่า นิติกรรม กว้างกว่าคำว่าสัญญาและความตกลง เพราะนิติกรรมจะรวมถึงการกระทำของบุคคลฝ่ายเดียวด้วย เช่น การแจ้งบอกเลิกสัญญาเช่า²⁹ สาระสำคัญของนิติกรรมมีดังนี้

1.2.1 การกระทำ (act) นิติกรรมจะเกิดขึ้นได้ต้องเป็นการกระทำใด ๆ

²⁶Ernest J.Schuster, The Principle of German Civil Law, (London: London Henry Frowde, M.A. Publisher to the University of Oxford and Stevens & Sons, Limited, 1906), pp.1-2.

²⁷นิติกรรม (Juristict act - Rechtsgeschäft (เยอรมัน) - Acte Juristique (ฝรั่งเศส))

²⁸ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 นิติกรรม ได้แก่ การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

²⁹Cohn E.J. and ZDIEBLO W., Manual of German Law, Volume I, (London: Oceana Publications Inc., 1968), pp.73-74.

ซึ่งต้องเป็นการกระทำของบุคคล ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล การกระทำนั้นกระทำโดยกริยาวาจาหรือขีดเขียนไว้ การกระทำอย่างอื่นใดที่กล่าวจะเป็นเครื่องหมายแสดงเจตนา ก็นับว่าเป็นการกระทำด้วย เช่น อาการที่แบมือขอรับชำระหนี้ หรือจะใช้ภาษาบี แต่การนิ่งหรืองดเว้นกระทำการไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรม อย่างไรก็ตามการนิ่งในพฤติการณ์พิเศษบางอย่างที่ควรจะบอกกล่าวออกมา อาจถือว่าเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมได้ เช่น เมื่อสิ้นอายุสัญญาเช่าแล้ว ผู้เช่ายังคงครองทรัพย์สินที่เช่าอยู่ต่อไป³⁰

1.2.2 การแสดงเจตนา (declaration of intention) หลักของนิติกรรมวางอยู่บนสมมติฐานที่ว่า บุคคลทุกคนมีอำนาจต่อรองเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ทุกคนรู้ถึงฐานะความได้เปรียบเสียเปรียบของตน เจตนาซึ่งแสดงออกในการทำนิติกรรมเป็นสิ่งที่กฎหมายต้องรับรองและบังคับไว้ ซึ่งเป็นสมมติฐานบนรากฐานของปรัชญาความคิดเสรีนิยมตามกฎหมายแห่งเรื่องความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (L'autonomie de la volonté)³¹ การแสดงเจตนา นั้น ต้องมีความตั้งใจที่จะก่อ โอน เปลี่ยนแปลง สงวน หรือระงับสิทธิที่กฎหมายรับรอง (legal transaction) ซึ่งไม่จำเป็นต้องทำด้วยตนเอง อาจทำโดยตัวบุคคลผู้ประสงค์จะแสดงเจตนาตนเอง หรือบุคคลที่ทำการเป็นตัวแทน การแสดงเจตนาซึ่งจะมีผลตามกฎหมายมี 2 ประเภท คือ

1.2.2.1 การแสดงเจตนาฝ่ายเดียว ได้แก่ การแสดงเจตนาที่กฎหมายบัญญัติให้มีผลผูกพันผู้แสดงเจตนา แม้ผู้แสดงเจตนาจะกระทำไปฝ่ายเดียว แต่อาจจะเป็นผลให้มีการผูกพันคู่กัน (legal transaction) ก็ต่อเมื่อการแสดงเจตนา นั้นไปถึงยังอีกฝ่ายหนึ่ง (เช่น การแจ้งบอกเลิกสัญญา)³² หรือเป็นผลทันทีโดยไม่จำเป็นต้องถึงผู้รับ (เช่น การทำนิติกรรม) ซึ่งเรียกนิติกรรมประเภทนี้ว่า นิติกรรมฝ่ายเดียว (unilateral act)

1.2.2.2 การแสดงเจตนาหลายฝ่าย ได้แก่ การแสดงเจตนาที่

³⁰ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 12-13.

³¹วิชย อริยะนันท์ทกะ, "ปรัชญาเสรีนิยมและสังคมพิทักษ์ในกฎหมายแพ่ง", อุลพาท 6 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2528): 125.

³²ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 การแสดงเจตนาทำให้แก่บุคคลผู้อยู่ห่างโดยระยะทางย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ไปถึงคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นต้นไป.

จะสำเร็จเป็นผลขึ้นได้ ก็แต่โดยอาศัยเจตนาของบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป เพียงแต่มีการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหาสำเร็จเป็นผลขึ้นมาตามกฎหมายใหม่ ต้องมีการแสดงเจตนาเสนอ (offer) และการแสดงเจตนาสนอง (acceptance) จึงจะมีผลการผูกนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย (legal transaction) ซึ่งเรียกว่า สัญญา (contract)³³

1.2.3 ความเสียหายของการแสดงเจตนา (vitiation of declaration of intention) การแสดงเจตนาของบุคคลอาจไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายถ้าการแสดงเจตนาอันนั้นไม่สมบูรณ์ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือ

1.2.3.1 นิติกรรมที่กระทำการโดยบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขาดความสามารถ เพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ ผู้วิกลจริต ผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ³⁴ แต่การขาดความสามารถดังกล่าว อาจแก้ไขได้โดยการให้ความยินยอมหรือการให้สัตยาบันของบุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมหรือให้สัตยาบันตามที่กฎหมายกำหนด³⁵

1.2.3.2 นิติกรรมที่มีข้อบกพร่องในการแสดงเจตนา ได้แก่ การแสดงเจตนาในการทำนิติกรรมที่ผู้กระทำการแสดงออกไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนาที่เรียกว่า การแสดงเจตนาหลง นิติกรรมที่ไม่มีการกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหมายถึงแบบที่กฎหมายบังคับให้ใช้การจดทะเบียนรับรองนิติกรรมนั้น ตามแบบที่ทางราชการกำหนดด้วยจึงจะมีผลให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์³⁶

³³ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, หน้า 21-22 และ 342-356.

³⁴ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 นิติกรรมที่ผู้เยาว์กระทำ มาตรา 29 นิติกรรมที่บุคคลผู้ซึ่งศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถกระทำ มาตรา 30 นิติกรรมที่บุคคลวิกลจริตกระทำ มาตรา 34 นิติกรรมที่บุคคลที่ศาลสั่งเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถกระทำ นิติกรรมเหล่านี้ อาจเป็นโมฆะ.

³⁵เช่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมในการกระทำนิติกรรมเสียก่อนจึงจะทำให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย.

³⁶การไม่ทำตามแบบบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 อนึ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 129 เรียกว่า การรับรองของทางการในการทำนิติกรรม.

1.2.3.3 นิติกรรมที่มีข้อบกพร่องเนื่องจากมีปัจจัยภายนอก ได้แก่ นิติกรรมที่เสื่อมเสียที่มีปัจจัยภายนอกทำให้การแสดงเจตนาอันเสื่อมเสียไปตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การชักลวงใจ การข่มขู่³⁷

2. ทฤษฎีนิติกรรมตามกฎหมายมหาชน

ประวัติความเป็นมา ในยุคอารยธรรมโรมันโบราณ (500 ปีก่อนคริสตศักราช - 300 ปีก่อนคริสตศักราช) เริ่มมีความเข้าใจกันแล้วว่า กฎหมายโรมันแบ่งออกเป็น 3 เรื่อง หรือ 3 สาขาใหญ่ ๆ คือ กฎหมายเอกชน (Jus privatum) ได้แก่ กฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวกับราษฎรทุกคนในชีวิตประจำวัน กฎหมายมหาชน (Jus Publicum) ได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับบุคคลบางประเภทเท่านั้น เช่น สมาชิกสภา หรือศาล ตัวบทกฎหมายมหาชนนี้ค่อนข้างบกพร่องและเก็บไว้อ้างอิงเฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น และกฎหมายศาสนา (Jus sacrum) ได้แก่ กฎหมายของพวกพระโรมัน ซึ่งสร้างกฎหมายสำหรับใช้ขึ้นเองในหมู่พระ ต่อมาเมื่อมีการจัดทำ Corpus juris Civilis ขึ้นในสมัยของพระเจ้าจัสติเนียน ที่มีเนื้อหาส่วนใหญ่เป็นเรื่องของกฎหมายเอกชน จึงมีแนวคิดเด่นชัดขึ้นมาว่า กฎหมายนี้ครอบคลุมความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนไว้หมดแล้วตามความเชื่อของคนสมัยนั้น ดังนั้น เรื่องอื่น ๆ นอกจากนี้ เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายเกี่ยวกับกิจการสาธารณสุขโรค เป็นกฎหมายมหาชน³⁸

กฎหมายมหาชนเริ่มพัฒนาการแยกตัวออกจากกฎหมายเอกชนเด่นชัดขึ้น เมื่ออาณาจักรโรมันล่มสลายลง เกิดการแตกแยกเป็นเผ่าเป็นแคว้นมากมายในยุโรป จนกระทั่งในศตวรรษที่ 15 เป็นยุคที่ยุโรปเกิดความรู้สึกในการรวมตัวเป็นชาติแทนที่จะอยู่แบบเจ้าผู้ครองนคร มีการก่อตั้งอาญา-

³⁷การชักลวงใจและการข่มขู่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 และ มาตรา 164 ทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะ อนึ่ง นิติกรรมในอังกฤษมีปัจจัยภายนอกอีกอย่างหนึ่ง คือ ต้องมีสินจ้าง (consideration) ได้แก่ สิ่งตอบแทนในการทำนิติกรรมจึงจะทำให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์ แต่หลักเช่นนี้ไม่มีในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย รวมทั้งกลุ่มประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Codified Law System)

³⁸วิชญ์ เจริญงาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1 - 7 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อักษรไทย, 2533), หน้า

จักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์แห่งชนชาติเยอรมัน (The Holy Roman Empire of German Nation) ในศตวรรษที่ 13 - 14 ซึ่งถือกันว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินของแต่ละแคว้นและมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายเอกชน ขณะเดียวกันฝรั่งเศสเริ่มรู้จักคำว่า Droit public ซึ่งหมายถึง กฎหมายมหาชน จนกระทั่งหลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 ได้มีการร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ และบัญญัติว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมืองขึ้น และถือว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทำให้กฎหมายมหาชนมีความสำคัญเด่นชัดและแยกตัวออกจากกฎหมายเอกชนมากขึ้น เป็นลำดับ³⁹

ความหมายของนิติกรรมตามกฎหมายมหาชน เมื่อมีการก่อตัวเป็นรัฐขึ้นก็จำเป็นต้องมีกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎร ในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครองราษฎร⁴⁰ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น ต่างกับปัญหาที่เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน จำเป็นต้องศึกษาสภาพของความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนในเบื้องต้น⁴¹ การที่รัฐจะมีความสัมพันธ์กับเอกชนจำเป็นต้องมีการกระทำหรือนิติกรรม (act)⁴² ของรัฐ เช่นเดียวกับเอกชนกับเอกชน แต่ในประเทศที่เป็นนิติรัฐนั้น รัฐไม่อาจใช้อำนาจรัฐได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้นนิติกรรมตามกฎหมายมหาชนก็คือการกระทำของรัฐหรือนิติกรรมของรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยปกครองประชาชน อำนาจ

³⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 9-14.

⁴⁰หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 154.

⁴¹บรรศักดิ์ อูรรณพงษ์, แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง, เอกสารในการสัมมนาหลักกฎหมายปกครอง วันที่ 23-24 กรกฎาคม 2528. กรุงเทพมหานคร (อัครสาเนา)

⁴²คำว่า act นั้น เป็นภาษาอังกฤษตรงกับคำว่า acte ในภาษาฝรั่งเศส ในทางกฎหมายมหาชนมีผู้แปลว่า การกระทำบ้าง นิติกรรมบ้าง ในที่นี้ จะใช้คำว่า นิติกรรมตามที่ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้แปลและให้คำอธิบายถึงสาเหตุที่ใช้คำว่า นิติกรรมเพื่อให้เทียบเคียงกับนิติกรรมทางแพ่ง คำอธิบายโดยละเอียด ปรากฏในข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา หนังสือที่ นส 0501/ร.1757 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2527 วารสารกฎหมายปกครอง 3, สิงหาคม 2527, หน้า 531.

อธิปไตยนั้นแบ่งแยกตามที่มองเตสกีเออ (Montesquieu)⁴³ กล่าวไว้ว่า มี 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ (Pouvoir législatif) อำนาจปฏิบัติการตามกฎหมายมหาชน (Pouvoir exécutif de l'Etat) ซึ่งก็คือ อำนาจบริหารและอำนาจอภิบาลต่าง ๆ ตาม กฎหมายแพ่ง (Pouvoir exécutif de ces choses qui dépend du droit civil) ซึ่งก็คือ อำนาจตุลาการ⁴⁴

ศาสตราจารย์ เดอ โลบาเดร์ (De Laubadère) ชาวฝรั่งเศสได้อธิบายไว้ว่า รัฐมีภาระหน้าที่ทางกฎหมาย (les fonctions juridiques de l'Etat) อยู่ 3 ประเภท คือ ภาระหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (la fonction législative) ภาระหน้าที่ทางปกครอง (la fonction administrative) และภาระหน้าที่ทางตุลาการ (la fonction juridictionnelle)⁴⁵ โดยยึดถือตามหลักการแบ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐตามที่มองเตสกีเออ กล่าวไว้

แนวความคิดการแบ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐออกเป็น 3 อำนาจ ดังกล่าวข้างต้นได้แพร่หลายไปในยุโรปและสหรัฐอเมริกาตลอดศตวรรษที่ 18 และ 19 แต่ต่อมาในปลายศตวรรษที่ 19 ถึงศตวรรษที่ 20 เป็นที่เข้าใจกันอย่างแพร่หลายในหมู่นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ว่าการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยดังกล่าวไม่ได้หมายความว่ารัฐแบ่งแยกองค์การผู้ใช้อำนาจออกเป็น 3 องค์การต่างหากจากกัน แต่เป็นการกระจายอำนาจออกไปเพื่อไม่ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีอำนาจเผด็จการใช้ อำนาจทั้งสามอำนาจอยู่ในบุคคลคนเดียวตามข้อเท็จจริงแล้ว ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะออกนิติกรรมทางนิติบัญญัติ และมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายด้วย⁴⁶ เพราะอำนาจที่แท้จริงของรัฐที่เรียกว่า อำนาจอธิปไตยนั้นก็คืออำนาจอภิบาลรัฐนั่นเอง กฎหมายที่รัฐใช้ปกครอง

⁴³ชื่อเต็ม ๆ ของท่านคือ Charles DE SECONDAT, Baron DE MONTESQUIEU

⁴⁴วินัย เจริญงาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1-7, หน้า 84.

⁴⁵André de Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif Tome I, 8^e éd. (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980), p. 27-28.

⁴⁶Max Gounelle, Introduction au Droit Public Français (Paris: Montchrestien, 1979), p.170-172.

ประชาชน จึงจะต้องแยกต่างหากจากกฎหมายสำหรับกำหนดสิทธิระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน
 เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายมหาชนจนกลายเป็น
 สาขากฎหมายเฉพาะ ทำให้เป็นแบบอย่างแก่ประเทศอื่น ๆ ที่รับแนวคิดไปศึกษาและพัฒนากระบวนการ
 ทางกฎหมายของตน จึงขอนำทฤษฎีและแนวคิดนิติกรรมทางกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส
 มาศึกษาดังนี้

2.1 นิติกรรมทางนิติบัญญัติ (Acte législatif)

การที่จะพิจารณาถึงนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte législatif) ซึ่งหมายถึง
 การออกตรากฎหมาย ในรูปต่าง ๆ สำหรับใช้ปกครองประเทศ อันเป็นนิติกรรมหนึ่งของนิติกรรม
 ทางกฎหมายมหาชน มีข้อพิจารณาจากองค์กร (organe) ของผู้ออกนิติกรรม ดังนี้

2.1.1 นิติกรรมทางนิติบัญญัติจากการกระทำของสภา ได้แก่ นิติกรรมที่สภา
 เป็นผู้ออกนิติกรรมนั้น การที่จะหาความจำกัดความของนิติกรรมทางนิติบัญญัติจากการกระทำของสภานั้นไม่มี
 ข้อยุ่งยาก เนื่องจากรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ตราขึ้นเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 1958
 ระบุไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 24 ว่า องค์กรทางนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทน
 ราษฎรและวุฒิสภา (Le Parlement comprend l'Assemblée Nationale et le Sénat)
 ดังนั้น เมื่อใช้องค์กรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานิติกรรมแล้ว นิติกรรมที่กระทำโดยรัฐสภา ได้แก่
 รัฐบัญญัติ ข้อบังคับ และมติของสภา เหล่านี้เป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติและเป็นการกระทำทางสภา
 (actes parlementaires) ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล (le contrôle jurisdic-
 tionnel)⁴⁷

ด้วยเหตุนี้ศาลปกครองของฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) จึงไม่
 เพิกถอนการกระทำทางสภา เช่น คำสั่งของประธานสภาที่ให้สาธารณะชนเข้าฟังการประชุมของสภา⁴⁸

อย่างไรก็ดี มีข้อยกเว้นบางประการที่กิจการที่ทางสภาได้กระทำลง

⁴⁷André de Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif,
 P.182-185.

⁴⁸คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 31 พฤษภาคม 1957 คดี Louis Girard,
 อ้างถึงใน โภคิน พลกุล "กฎหมายปกครองในฝรั่งเศส", เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 คณะ
 นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2/2528: 44 (อัครสาเนา).

แต่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางสภา ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1958 (la loi organique du 17 novembre 1958) บทบัญญัติที่ 58-1100 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1958 ข้อ 8 (l'ordonnance n° 58-1100, 17 novembre 1958, Fonctionnement des assemblées parlementaires, article 8) ดังนี้⁴⁹

2.1.1.1 ความเสียหายทุกประเภทที่เกิดจากการบริการทางปกครองของสภา (les acts des services administratifs des assemblées) หมายถึง กิจกรรมที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่หรือข้าราชการของสภา แต่ไม่รวมถึงสมาชิกของสภาและหากได้กระทำลงไปแล้ว เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นที่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (Conseil d'Etat) เป็นผู้วินิจฉัย รวมทั้งข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาด้วย

2.1.1.2 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ของสภา ทั้งที่เป็นข้อพิพาททางวิชาชีพของเจ้าหน้าที่สภา (les agents titulaires des services des assemblées parlementaires) และการเรียกร้องค่าเสียหาย การแก้ไขความเสียหายอันมีสาเหตุจากการให้บริการบริการทางปกครองของสภา (actions en réparation des dommages causés par les services administratifs des assemblées)

2.1.2 การใช้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง ศาลตรวจรายโรลบาแคร์ ได้ให้คำจำกัดความว่านิติกรรมทางนิติบัญญัติ ได้แก่ ข้อกฏเกณฑ์หรือกฎเกณฑ์ที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจงว่า จะบังคับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ⁵⁰ ซึ่งทำให้มีปัญหาว่าถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกกฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไปไม่จำกัดตัวบุคคลนั้น เป็น "นิติกรรมทางนิติบัญญัติ" หรือ "นิติกรรมทางปกครอง" แน่

ที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับสาธารณรัฐที่ 5 มาตรา 34 ให้อำนาจรัฐสภาตามกฎหมายที่เรียกว่า รัฐบัญญัติ (la loi) ไว้บางเรื่อง เช่น สิทธิของประชาชน (la libertés publiques) สัญชาติ (la nationalité) ภาษี (le taux) ส่วน

⁴⁹Code administratif, (Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1977), p.28.

⁵⁰André de Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif, p.21.

เรื่องอื่น ๆ นอกจากที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 รัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะตรากฎหมายออกมาใช้ บังคับได้ ซึ่งจะมีผลเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติหรือไม่แล้วแต่กรณี คือ

2.1.2.1 กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า "règlement administratif" ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ในมาตรา 37 โดยฝ่ายบริหารสามารถจะตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร (règlement) ซึ่งได้แก่เรื่องซึ่งอยู่นอกเหนือจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ที่เป็นเรื่องรัฐบัญญัติซึ่งสภาเป็นผู้ตราขึ้น นอกจากนั้น ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกรัฐกำหนด(ordonnance) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 38 ได้อีกด้วย

กฎหมายของฝ่ายบริหารดังกล่าว เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และออกโดยการให้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นเหตุให้ศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) มีความลังเลไม่ยอมรับฟ้องเพิกถอนกฎหมายของฝ่ายบริหารนี้เป็นเวลานานก่อนปี ค.ศ.1907 ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงได้รับฟ้องเพิกถอน เนื่องจากถือว่าเป็นการกระทำที่มาจากเจ้าหน้าที่ปกครอง (autorité administrative) จึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง ตามนัยของกฎหมาย ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872⁵¹ ข้อความเดียวกันนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 32 ของ Ordonnance ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1945⁵² ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลาภิเษกแห่งในเรื่ององค์การผู้ออกเป็นหลัก ไม่ว่าประเภทเรื่องผลของนิติกรรม ภายหลังการใช้รัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1958 แล้ว กฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกตามมาตรา 37 และมาตรา 38 ต้องให้สภารัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) วินิจฉัยไว้เสียก่อนว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติหรือไม่⁵³

2.1.2.2 การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 กรณีตามรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ฉบับที่ ค.ศ.1958 มาตรา 16 ให้อำนาจประธานาธิบดีที่จะมีคำสั่งใช้

⁵¹คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat คดี Chemin de Fer de l'Est, อ้างถึงใน พูนศักดิ์ วิจารณ์, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 4 (สิงหาคม 2528): 277.

⁵²กฎหมายที่อ้างถึงนี้คือ Ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945 Sur le Conseil d'Etat., Code administratif, p. 412-421.

⁵³โรบิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 30.

มาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะให้สถาบันแห่งสาธารณรัฐ เอกราชของชาติ ฯลฯ ที่ถูกคุกคามกลับสู่สภาพปกติ หากคำสั่งนั้น มีเนื้อหาในการออกกฎหมายถือว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ⁵⁴

2.1.2.3 การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 คณะรัฐมนตรีของฝรั่งเศสมีอำนาจออกข้อกำหนดอันมีผลบังคับคล้ายกับหนึ่งเป็นรัฐบัญญัติ (par ordonnances ayant forcé de loi) ในการจัดตั้งสถาบันตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐบาลมีอำนาจกำหนดระบบการเลือกตั้งสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้มีขึ้น ตลอดจนอำนาจต่าง ๆ ในการตรากฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส มาตรา 92 ถือว่าเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ⁵⁵

2.2 นิติกรรมทางตุลาการ (Acte juridictionnel)

ประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบศาลคู่ คือ ระบบศาลยุติธรรม (la juridiction judiciaire) มีอำนาจวินิจฉัยสำหรับการกระทำผิดหรือตัดสินข้อพิพาทระหว่างเอกชน กับระบบศาลปกครอง (la juridiction administrative) สำหรับพิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครอง ระบบศาลคู่นี้มีมาตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1872 หลังการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ศาลทั้งสองต่างมีเขตอำนาจทางศาล (jurisdiction) เป็นของตนเองต่างหากจากกัน⁵⁶

ในประเทศฝรั่งเศสยังมีองค์กรอีกหลายประเภทที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรม และไม่ใช่อำนาจปกครอง แต่กฎหมายก็กำหนดให้องค์กรนั้น ๆ มีสถานะเป็นศาล เช่น สภามหาวิทยาลัย (Les conseils universitaires) และองค์กรอื่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 1875 เป็นต้น⁵⁷

ศาสตราจารย์ดูกีต์ (Léon Duguit) ให้คำอธิบายว่า นิติกรรมทางตุลาการจะต้องมีองค์ประกอบ 3 อย่างคือ⁵⁸

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, : 30.

⁵⁵ ปูนีเกต์ ไวสารวง, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 4 (สิงหาคม 2528) : 277.

⁵⁶ รอกิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 12-14.

⁵⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, "นิติกรรมทางตุลาการ", วารสารกฎหมายปกครอง 9 (เมษายน 2533) : 149.

⁵⁸ รอกิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 14-16.

ประการแรก มีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่มหาชน (prétention) เจ้าหน้าที่มหาชนผู้เป็นผู้พิพากษาหรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยจะต้องฟังข้อเท็จจริงก่อน และสามารถกล่าวได้ว่าอะไรคือข้อเท็จจริง (dire le fait) อะไรคือข้อกฎหมาย (dire le droit)

ประการที่สอง มีการพิจารณาและให้ทางออกสำหรับปัญหากฎหมายนั้น (solution) เจ้าหน้าที่มหาชนผู้ได้รับการเสนอปัญหากฎหมายจะต้องสามารถให้ทางออกแก่ปัญหาภาษานั้น เช่น การที่รัฐมนตรีต้องการแต่งตั้งข้าราชการคนหนึ่ง รัฐมนตรีจะต้องพิจารณาเบื้องต้นก่อนว่าข้าราชการผู้นั้นมีคุณสมบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ นี่คือปัญหาภาษานี้ ถ้ารัฐมนตรีเห็นว่าข้าราชการผู้นั้นมีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนก็แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง การกระทำเช่นนี้ไม่มีลักษณะของ juridictionnel เพราะไม่มีการให้ทางออกแก่ปัญหาภาษานี้ใด ๆ แต่เป็นการกระทำทางปกครองตามปกติ

ประการที่สาม มีคำตัดสินซึ่งเป็นผลมาจากทางออกสำหรับปัญหาภาษานี้ดังกล่าว (décision) คำตัดสินจะต้องมีลักษณะเป็นคำบังคับ ทั้งเมื่อถึงที่สุดแล้วต้องสันนิษฐานว่าคำวินิจฉัยนั้นถูกต้องและเป็นจริง หมายความว่า จะนำปัญหาเดิมมาฟ้องซ้ำอีกไม่ได้และจะต้องมีการบังคับตามคำตัดสินนั้น ๆ คำอีกนัยหนึ่งก็คือคำตัดสินที่ว่าเป็นต้องมีผลผูกพันตามกฎหมาย (autorité de la chose jugée)

ข้อพิจารณาอื่น ๆ ในการกำหนดว่านิติกรรมหรือการกระทำจากองค์กรใดจะเป็นนิติกรรมทางตุลาการนั้น มีดังนี้

2.2.1 มีกฎหมายระบุให้องค์กรนั้นมีสถานะเป็นองค์กรซึ่งขาดข้อพิพาทหรือศาล ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ตัดสินว่า การจัดตั้ง "ศาล" นั้นจะจัดตั้งได้ก็แต่โดยรัฐบัญญัติ (la loi) อนุญาตให้ทำได้เท่านั้น รัฐบัญญัติที่ว่าจะต้องเป็นกฎหมายของสภานิติบัญญัติเท่านั้นไม่รวมถึงกฎหมายลำดับรอง แต่ถ้าได้มีรัฐบัญญัติกำหนดประเภทของศาลแล้ว ฝ่ายปกครองย่อมออกกฎหมายลำดับรองจัดตั้งศาลที่อยู่ในประเทศที่ได้รับอนุญาตให้จัดตั้งนั้นได้⁵⁹

กฎหมายอาจจะระบุให้องค์กรนั้นมีสถานะเป็น "ศาล" อย่างแจ้งชัด หรือโดยปริยายก็ได้

⁵⁹คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 25 กรกฎาคม 1952 คดี Gingold และวันที่ 10 ธันวาคม 1952 คดี Guionin อ้างถึงใน, สมคิด เลิศไพฑูรย์, "นิติกรรมทางตุลาการ", : 151.

กรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้บังคับ เช่น กรณีของแผนกวินัยของสภามหาวิทยาลัย (Les sections disciplinaires des conseils d'administration des universités) และคณะกรรมการธนาคาร (La Commission bancaire) หรือกฎหมายอาจจะบัญญัติว่าห้องศกกรนั้น "มีลักษณะเช่นเดียวกับศาล" เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยกรณีบุคคลผู้ต้องโทษถูกเรียกเข้ารับราชการทหาร (Commission juridictionnelle des condamnés appelés au service national) หรือบัญญัติว่าห้องศกกรนั้น "เสมือนหนึ่งเป็นศาล" ก็ได้เช่น ศาลระดับจังหวัดที่เกี่ยวข้องกับคำบำาหนี้บำาญาญ (tribunaux départementaux des pensions)⁶⁰

กรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้โดยปริยาย ได้แก่ กรณีที่ถูกกฎหมายมิได้บัญญัติว่าห้องศกกรนั้น ๆ เป็นศาลโดยตรง แต่บัญญัติให้ "นิติกรรม" ขององศกกรนั้นมีสถานะเป็นคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย (jugements) เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการระดับภาคของแพทยสภา (Conseils Régionaux de l'ordre des médecins) หรือให้นิติกรรมนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษา (ayant un caractère juridictionnel) เช่น คณะกรรมการพิจารณาเงินชดเชยให้แก่การกู้ยืมเงินของผู้ถูกอพยพกลับประเทศ (commissions de remise et d'aménagement des prêts consentis aux rapatriés, loi du 6 janvier 1982) หรือให้นิติกรรมนั้น ๆ มีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุด (l'autorité de la chose jugée) เช่น กรณีของคณะกรรมการแบ่งปันค่าเสียหายในต่างประเทศ (commissions de répartition d'indemnités étrangères) หรือกรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดให้นิติกรรมขององศกกรนั้นเข้าสู่การพิจารณาของศาลชั้นสูงสุดโดยตรงโดยไม่ต้องผ่านการอุทธรณ์ เช่น คณะกรรมการจังหวัดที่เกี่ยวข้องกับกรรมการที่พิการ (commissions départementales des travailleurs handicapés) เป็นต้น⁶¹

2.2.2 กรณีที่ไม่มีกฎหมายระบุสถานะทางกฎหมายขององศกกร ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าห้องศกกรใดมีสถานะเป็นศาล แต่องศกกรนั้นมีการวินิจฉัยข้อพิพาท องศกกรนั้นก็อาจจะมิตินิติกรรมทางตุลาการได้ โดยถือตามหลักคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat)

⁶⁰René CHAPUS, Droit du Contentieux Administratif, 2^e éd., Montchrestien, 1990, p.71., อ้างถึงใน, สมคิด เลิศไพฑูรย์, "นิติกรรมทางตุลาการ": 152.

⁶¹เรื่องเดียวกัน: 152.

ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

2.2.2.1 องค์กรนั้นจะต้องไม่ฯองค์กรเอกชน เช่น ที่ไต้วินิจฉัย
ในคดีเฮ็ชเตอร์ (HECHTER) ว่าคณะกรรมการวินัยของสมาคมกีฬาทั้งหลายแม้จะได้มีการวินิจฉัยเกี่ยวกับ
วินัยของสมาชิกก็ไม่มีฐานะเป็นนิติกรรมทางตุลาการ⁶²

2.2.2.2 องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการทําคําพิพากษา-
ษาหรือคําวินิจฉัย (pouvoir de décision) อย่างแท้จริง มิใช่เพียงแต่มีอำนาจทําความเห็น
(avis) หรือเสนอแนะ (propositions) เท่านั้น โดยการวินิจฉัยข้อผิดพลาดอาศัยวิธีพิจารณาอย่าง
ศาล เช่นที่ศาลปกครองตัดสินแล้วในคดีมีว็อน (Moineau)⁶³

2.2.2.3 องค์กรนั้นมีการหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ศาลปกครอง
ฝรั่งเศสไต้วินิจฉัยว่าในคดีเดอบาโย (de Bayo) ว่าสภาสัตวแพทย์มีการหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหา
ทางวินัยและนิติกรรมของสภาสัตวแพทย์ โดยวินิจฉัยเกี่ยวกับวินัยดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางตุลาการและ
องค์กรที่ทําหน้าที่วินิจฉัยลงโทษทางวินัยจะเป็นองค์กรทางศาล⁶⁴

2.2.3 ข้อพิจารณาทางด้านรูปแบบ นักกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าจะใช้หลักเกณฑ์
หนึ่งหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาถึงนิติกรรมทางตุลาการไม่ได้ แต่ต้องใช้หลายหลักเกณฑ์ด้วยกันมาประกอบ
การพิจารณา⁶⁵ เพราะมีการดำเนินการของฝ่ายปกครองจำนวนมากที่มีปัญหาไปสู่ฝ่ายปกครอง มีการ
วินิจฉัยข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเหมือนกับองค์กรของศาลยุติธรรม รวมทั้งมีการออกคำสั่งบังคับการ
ให้เป็นไปตามกฎหมายสำหรับผู้ฝ่าฝืนคำสั่งของฝ่ายปกครอง ในทางองเดียวกันกับการบังคับคดี

⁶²คําวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 19 ธันวาคม 1980 คดี HECHTER,
อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 155.

⁶³คําวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1945 คดี Moineau,
อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 153.

⁶⁴คําวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 12 ธันวาคม 1953 คดี de Bayo,
อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 154.

⁶⁵H.Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Tome I (Paris:
1961) p.440-441 อ้างถึงในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, "นิติกรรมทางตุลาการและการควบคุม
นิติกรรมในฝ่ายปกครอง", วารสารนิติศาสตร์ 4 (ธันวาคม, 2534): 615.

ในการพิจารณาด้านรูปแบบ นิติกรรมทางตุลาการจะต้องมาจากองค์กรซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยคดีที่ประกอบด้วยบุคคลที่มีความเป็นอิสระ (indépendance) ไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคนก็ตาม ความเป็นอิสระนั้นดูได้จากการไม่อยู่ในบังคับบัญชาตามสายงาน การคัดเลือกหรือแต่งตั้งเข้ามา หรือการไม่ต้องถูกโยกย้าย ซึ่งอาจไม่พบลักษณะเช่นนี้พร้อม ๆ กันก็ได้⁶⁶ สำหรับผู้ที่เป็นผู้พิพากษาหรือกรรมการในองค์กรตุลาการของฝ่ายปกครองนั้นมี 5 ประเภทคือ⁶⁷

2.2.3.1 ผู้พิพากษาอาชีพพิเศษเฉพาะ เช่นกรณีของศาลบัญชี (Cour des comptes)

2.2.3.2 ผู้พิพากษาอาชีพศาลต่าง ๆ ที่ได้รับมอบอำนาจมาเป็นกรรมการเช่นผู้พิพากษาในคณะกรรมการตุลาการ (Conseil supérieur de la magistrature)

2.2.3.3 ผู้พิพากษาสมทบ ซึ่งเป็นบุคคลเข้ามาร่วมพิจารณากับนักกฎหมาย เช่น ในแผนกมรรยาทวิชาชีพของคณะกรรมการวิชาชีพทางแพทย์ (Conseil de l'ordre des médecins)

2.2.3.4 เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับเลือกเข้ามา เช่น กรณีคณะกรรมการควบคุมการประกอบอาชีพทางการศึกษาแห่งชาติ (Conseil supérieur de l'Éducation nationale)

2.2.3.5 บุคคลธรรมดาในวิชาชีพนั้น ๆ เช่น คณะกรรมการควบคุมธนาคาร (commission de contrôle des banques)

2.3 นิติกรรมทางปกครอง Acte administratif

ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครอง หรือหลักกฎหมายที่ว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองเป็นทฤษฎีที่ว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหรือคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐ สามารถนำมาจัดระบบการวินิจฉัยคดีปกครองให้มีแนวทางที่แน่นอนและมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน เป็นทฤษฎีที่กำกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ นักบริหาร และนักศึกษาวิชากฎหมายปกครอง สามารถสร้างแนวความคิดให้อยู่ในแนวทางเดียวกันและมีวิธีคิดอย่างเดียวกันได้ทั้งเป็นแนวคิดที่ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ผู้มีอำนาจ

⁶⁶Ibid, p.431.

⁶⁷J.M.Auby et R.Drago, Traité de contentieux administratif, Tome I, 3^e éd., (Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1984), p.179 - 180.

หน้าที่ตามกฎหมายจะนำมาคำนึงก่อนที่จะสั่งการหรือสั่งใช้อำนาจของตนตามตัวบทกฎหมาย⁶⁸

นิติกรรมทางปกครอง (les actes juridiques administratifs) หมายถึงการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลทางปกครองเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงของสภาพการณ์ทางกฎหมาย (ordonnancement juridique) หรือก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิหน้าที่ของเอกชนนั่นเอง ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือนิติกรรมฝ่ายเดียว(acte administratif unilatéral) ได้แก่การแสดงออกหรือการกระทำทางปกครองที่มีผลบังคับทันที(décision exécutoire) ซึ่งเป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้อย่างกว้างขวาง จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นกระบวนการทางปกติที่ใช้โดยบุคคลในทางปกครอง กับนิติกรรมสองฝ่าย ได้แก่สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนโดยสัญญานั้นอาจเป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) หรือสัญญาทางแพ่งตามแบบกฎหมายเอกชนก็ได้⁶⁹ สำหรับนิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครอง และสัญญาทางปกครองดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ในปัญหาที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลปกครอง (compétence) และพัฒนาการขึ้นจนเป็นหลักปกครองของฝรั่งเศสดังต่อไปนี้

2.3.1 พิจารณาในแง่ขององค์กร (Du point de vue organique) โดยพิจารณาจากองค์กรผู้แสดงออกซึ่งเจตนาในการกระทำหรือออกคำสั่งนั้น ซึ่งศาสตราจารย์โอบาแคร์ ได้เสนอให้พิจารณาจากลักษณะของผู้ที่ก่อให้เกิดนิติกรรมนั้น หากองค์กรใดเป็นองค์กรทางปกครอง (organe administratif) นิติกรรมต่าง ๆ รวมทั้งสัญญาที่กระทำโดยองค์กรนั้นน่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครอง⁷⁰

การใช้อำนาจเป็นเกณฑ์พิจารณาเบื้องต้นดังกล่าวมีความสะดวกมาก

⁶⁸อมร จันทรสมบูรณ์ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา, "หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0501/ร.1757 ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 2527 เรื่องแจ้งผลการวินิจฉัยร้องทุกข์ (กรณีนายสมนึก เรืองพร้อม ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับการสอบคัดเลือกเพื่อเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น)", วารสารกฎหมายปกครอง 3 (สิงหาคม 2527): 528-537.

⁶⁹พูนศักดิ์ ใสสว่าง, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส", : 274.

⁷⁰André de Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif, p.21-23.

ในการที่จะพิจารณาว่านิติกรรมใดเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่ เพราะศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับวินิจฉัยนิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรมทางตุลาการ เพราะถือว่าไม่ใช่เป็นการกระทำทางปกครองดังที่ได้อธิบายมาแล้วในหัวข้อที่ 2.1 และ 2.2 แต่นิติกรรมทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครองฝรั่งเศสที่จะตรวจสอบว่านิติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และมีอำนาจสั่งเพิกถอนได้หากเห็นว่านิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่ เป็นสัญญาทางปกครองหากมีการกำหนดโดยกฎหมายให้สัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs par détermination de la loi) ก็จะเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาให้เช่าหรือใช้ประโยชน์ในที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) ตามรัฐกำหนด ลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 (décret-loi du 17 juin 1938)⁷¹

2.3.2 พิจารณาในแง่เนื้อหาสาระ (du point de vue matériel) ในการพิจารณาประเด็นเนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นการพิจารณาถึงลักษณะหรือสภาพภายในของนิติกรรมตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส ได้อาศัยหลักเกณฑ์ทางด้านเนื้อหาสาระ (matériel) เป็นตัวชี้อำนาจของศาลปกครองในการเข้าไปตรวจสอบนิติกรรมใด ๆ โดยพิจารณาประกอบเข้ากับองค์ประกอบที่ก่อให้เกิดนิติกรรมว่า นิติกรรมใดจะเป็นนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีเนื้อหาสาระดังต่อไปนี้

2.3.2.1 การกระทำที่มีผลบังคับโดยทันที (décision exécutoire) ถึงแม้ว่าองค์กรทางปกครองจะเป็นผู้แสดงเจตนากระทำนิติกรรมทางปกครอง แต่นิติกรรมนั้นจะต้องก่อให้เกิดผลต่าง ๆ ทางกฎหมาย (produit des effets de droit) กล่าวคือจะต้องมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของสภาพการทางกฎหมาย⁷² กรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งแต่ยังไม่มี

⁷¹J.L. de Corail, X Delcross, D.Wolf, Le contrat administratif, en documents d'études droit administratif n° 2.11, Paris, Documentation Française, 1977, p.3., อ้างถึงใน, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 5 (2529): 79.

⁷²หากกระทำลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมมีการร้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ในรูปของการดำเนินคดีแบบ Recours pour excès de pouvoir: R.E.P.

ผลบังคับ เช่น ยังไม่ถึงกำหนดหรือยังไม่ได้ตีพิมพ์เพียงแต่ลงนามในคำสั่งดังกล่าวเป็นเพียงการออกคำสั่งแต่ยังไม่มีผลบังคับจึงยังไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้ เพราะคำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ออกคำสั่งหากจะส่งผลต่อผู้อยู่ใต้ปกครองก็ต่อเมื่อถึงวันที่ประกาศ (publication) หรือการแจ้งให้ทราบ (notification) แล้วแต่กรณี⁷³

ในทางตรงกันข้าม องค์กรอื่นแม้จะเป็นองค์กรเอกชนก็อาจมีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางปกครองได้ ถ้าเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาบริการสาธารณะ และมีการใช้เอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชน⁷⁴

การกระทำที่มีผลบังคับในทันทีนี้ ศาสตราจารย์ดูกีต์ (Duguit) กล่าวว่าอาจแยกได้ 3 ประเภท⁷⁵ คือ

2.3.2.1.1 นิติกรรมที่กำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (actes - règles) หรือนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte réglementaire) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือสร้างสภาพการณ์ทางกฎหมาย ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะต่อบุคคลใดในลักษณะภาววิสัย (actes-objectifs) นิติกรรมประเภทนี้ ได้แก่ รัฐบัญญัติ ข้อกำหนดของฝ่ายบริหาร ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง สัญญาจัดตั้งสมาคม หรือหุ้นส่วนบริษัท เป็นต้น

รัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาไม่มีศาลใดไม่ว่าศาลยุติธรรม หรือศาลปกครองที่จะวินิจฉัยได้เพราะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ แต่ตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า Règlement d'administration publique ซึ่งกฎหมายของฝ่ายบริหารนี้ถือว่าการกระทำที่มาจากเจ้าหน้าที่ปกครอง (autorité Administrative) เป็นนิติกรรมทางปกครองและอยู่ในอำนาจศาลปกครอง

⁷³ทูนส์กัตต์ ราวส์ราวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส", : 285-299.

⁷⁴คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 30 กรกฎาคม 1942 คดี Monpeurt, อังเงิงโน, โภคิน พลกุล, "กฎหมายปกครองในฝรั่งเศส": 107.

⁷⁵ชาญชัย แสงวงศ์, "ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 9 (เมษายน 2533): 176.

ที่จะสั่งเพิกถอนได้ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1945 (Ordonnance, n° 45 - 1708 du 31 juillet 1948 Sur la Conseil d'Etat)

2.3.2.1.2 นิติกรรมที่มีผลบังคับเฉพาะบุคคล (actes-individuels) หรือนิติกรรมที่ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte non-règlementaire) ซึ่งเป็นนิติกรรมที่ก่อ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสภาพการทางกฎหมายเฉพาะกรณีในลักษณะที่เป็นอัตวิสัย (actes-subjectifs) เช่น สิทธิของผู้สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นเอกชนแสดงสิทธิของตนตามสัญญาที่ทำไว้กับฝ่ายปกครอง

2.3.2.1.3 นิติกรรมทางเงื่อนไข (actes-conditions) เป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ในการมอบสภาพการทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงที่กำหนดไว้แล้วให้แก่บุคคลเฉพาะราย อันได้แก่ การบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายมหาชน เป็นต้น

2.3.2.2 มาตรการที่ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่ง หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งและไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพการทางกฎหมาย (n'apportent aucune modification à l'ordonnement juridique) คือ

2.3.2.2.1 คำปรึกษาหรือกำหนดแนวทาง (consultatif ou indicatif) ตัวอย่างเช่น การให้คำปรึกษาหารือหรือการให้ความเห็นต่าง ๆ หรือการกระทำต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเข้าถึงเกณฑ์ที่มีอยู่แล้ว⁷⁶ รวมทั้งนิติกรรมทางปกครอง

2.3.2.2.2 หนังสือเวียน (Les circulaires) โดยทั่วไปแล้วหนังสือเวียนจะไม่สร้างปัจจัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายใด ๆ ขึ้นมาเพราะเป็นการชักจูงหรือกำหนดแนวทางในการปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่แก่ผู้ใดนอกจากฝ่ายปกครองโดยตรง จึงไม่อาจถูกโต้แย้งโดยประชาชนและข้าราชการที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามและไม่อาจมีการร้องศาลให้สั่งเพิกถอนได้

หนังสือเวียนบางประเภทที่มีผลก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ที่มีผลทางกฎหมายเชิงผูกข้อบังคับทั่วไป (circulaire réglementaire) เป็นหนังสือ

⁷⁶คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 24 พฤษภาคม 1957 คดี Chagny, อ้างถึงใน, พูนศักดิ์ วิศวารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในฝรั่งเศส", : 285.

เวียนที่เป็นปัจจัยหนึ่งของความชอบด้วยกฎหมาย จึงฟ้องศาลปกครองให้ตรวจสอบและอาจถูกสั่งเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์ที่ว่าหนังสือเวียนใดมีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับทั่วไปหรือไม่นั้น เป็นเรื่องละเอียดอ่อนมาก เป็นหน้าที่ของศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นผู้ที่คำวินิจฉัย⁷⁷

2.3.2.2.3 มาตรการระเบียนภายใน (les mesures d'ordre intérieur) นอกจากหนังสือเวียนที่กระทำภายในของฝ่ายปกครองแล้ว ยังมีมาตรการอื่น ๆ ที่ทำอยู่ภายในของฝ่ายปกครอง ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่แก่บุคคลทั่วไปนอกองค์กร เช่น คำสั่งของผู้บังคับบัญชาลำดับสูงที่มีผลเฉพาะบุคคลถึงวินัย (เช่น การลงโทษต่อทหาร หรือนักเรียนในโรงเรียน) หรือแม้แต่คำสั่งลักษณะทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบบริการ (เช่น คำสั่งวางกฎเกณฑ์การแต่งกายของนักเรียนในโรงเรียน) คำสั่งเหล่านี้ศาลปกครองถือว่าไม่ใช่การกระทำที่มีผลบังคับโดยทันที (décision exécutoire) เพราะไม่อาจก่อความเสียหายแก่บุคคลได้โดยตรงและจะไม่รับฟ้องเพิกถอนคำสั่งเหล่านี้หรือไม่รับฟ้องฐานละเมิดคำสั่งภายใน เป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถชี้นำพฤติการณ์ในการจัดระเบียบภายในองค์กรของตน อย่างไรก็ตามศาลปกครองมีความยึดหยุ่นในจุดยืน ในกรณีที่มีมาตรการเหล่านี้ก่อความเสียหายโดยตรงแก่บุคคล เช่นนักเรียนที่ติดกฎข้อบังคับของโรงเรียน และถูกไล่ออกจากโรงเรียน เป็นคำสั่งบังคับที่ฟ้องเพิกถอนได้⁷⁸

2.3.2.2.4 การใช้ดุลพินิจกำหนดแนวทางปฏิบัติ (ligne de conduite) หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองได้บัญญัติขึ้น หรือเป็นการวางแนวทางด้านเศรษฐกิจ เพื่อหันนโยบายทางเศรษฐกิจเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ส่วนประชาชนผู้ให้บริการ ก็จะได้รู้ถึงสิทธิและประโยชน์ของตน เช่น คณะกรรมการกองทุนแห่งชาติ เพื่อปรับปรุงที่อยู่อาศัยได้กำหนดแนวทางทั่วไปในการดำเนินการของกองทุนตามเงื่อนไขที่กฎหมายผังเมืองได้กำหนดไว้ ศาลปกครองถือว่าเจ้าหน้าที่สามารถกำหนดแนวทางต่าง ๆ ดังกล่าวได้และเป็นแนวปฏิบัติ (directive) ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง⁷⁹ เพราะไม่ได้ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวใน

⁷⁷เรื่องเดียวกัน: 287.

⁷⁸คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 19 มีนาคม 1952 คดี Veillard R. 169, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 290.

⁷⁹คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 11 ธันวาคม 1970 คดี Crédit foncier de France, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 291.

สิทธิหน้าที่แต่อย่างใด

2.3.3 พิจารณาตามรูปแบบ (forme) ในการจัดประเภทต่าง ๆ ของนิติกรรมทางปกครองของฝรั่งเศส หากถือในแง่องค์กรเป็นหลักโดยคำนึงถึงสภาพของผู้ออกคำสั่งโดย การเรียงลำดับเจ้าหน้าที่ประเภทต่าง ๆ ที่ได้รับมอบหมายให้ออกคำสั่งที่มีผลบังคับได้ ซึ่งก็คือประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สำหรับโครงสร้างระดับรัฐ ผู้ว่าการจังหวัด และคณะกรรมการทั่วไป ของจังหวัด (Conseil Général) เป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่ง ทางโครงสร้างภูมิภาคคือ Département และนายกเทศมนตรี และคณะกรรมการ commune (conseil municipal) สำหรับ commune นอกนั้น ก็มีบรรดาหัวหน้าหน่วยงานในทุกระดับที่สามารถออกคำสั่ง exécutoire ได้ แต่ทว่า ยังต้อง คำนึงถึงเจ้าหน้าที่ที่สัมพันธ์กับโครงสร้างด้านหน้าที่ (Structure fonctionnelles) อีกด้วย อำนาจ เหล่านี้อยู่ที่องค์กรที่ได้รับมอบหมายในการดำเนินการสาธารณะเอกเทศต่าง ๆ เช่น องค์กรมหาชน (établissement public) แม้แต่องค์กรเอกชน หรือ องค์กรอื่นใดที่ไม่ระบุประเภทแน่ชัด ซึ่งได้ รับมอบหมายหน้าที่บริการสาธารณะ ก็สามารถออกคำสั่งหรือกระทำการเป็นนิติกรรมทางปกครองได้ โดยมากมักเป็นกรณีที่เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่บริการแบบมหาชนที่กฎหมายบัญญัติ เช่น บริการ สาธารณะทางวิชาชีพ หรือทางเศรษฐศาสตร์ หรือกิจการโรงพยาบาล หรือเกิดจากสัญญาทางปกครอง ซึ่งกฎหมายมอบเอกสิทธิ์ของอำนาจมหาชนให้ ดังได้กล่าวแล้วในข้อ 2.3.2.1

หากยึดถือความแตกต่างโดยอาศัยรูปแบบ (forme) อาจแยก ความแตกต่างได้จากรูปแบบดังนี้ คือกฎญัตติ (décrets) ที่ออกโดยประธานาธิบดีหรือรัฐมนตรี กฎ กระทรวง arrêtes ออกโดยรัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกรัฐมนตรี คำสั่งหรือมติ (délibérations) ที่ออกโดยคณะกรรมการผสม เช่น คณะกรรมการจังหวัด คณะกรรมการเทศ มนตรี นอกจากนี้หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้แจ้งชัด อาจออกคำสั่งที่มีรูปแบบอื่นนอกจากนี้ และมีผลเป็น นิติกรรมทางปกครอง (décision exécutoire) เช่นบันทึกของหน่วยงาน (note de service) จดหมาย คำสั่งด้วยวาจา เป็นต้น⁸⁰

2.3.4 พิจารณาในผลของนิติกรรมทางปกครอง ข้อพิจารณาสุดท้ายของนิติ กรรมในทางปกครอง คือ ผลในทางกฎหมาย ตั้งแต่การมีผลบังคับใช้ไปจนถึงผลของเอกชนที่ฝ่าฝืนนิติ กรรมของฝ่ายปกครองและการสิ้นสุดของผลของนิติกรรม มีดังนี้

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน: 293.

2.3.4.1 การมีผลบังคับใช้ (Entrés en vigueur) คำสั่งทางปกครองจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ขณะที่ออกคำสั่ง แต่จะส่งผลต่อผู้อยู่ใต้ปกครองก็ต่อเมื่อถึงวันที่มีการประกาศคำสั่ง (Publication) หรือการแจ้งให้ทราบ (notification) การกระทำที่มีผลนับแต่วันออกคำสั่ง อย่างไรก็ตามก็มีการที่ยังไม่ประกาศใช้แล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากยังไม่ประกาศใช้ผู้อยู่ใต้ปกครองก็ยังโต้แย้งการกระทำนั้นไม่ได้

วิธีประกาศใช้นั้นจะต้องกระทำเสมอในกรณีที่เป็นนิติกรรมที่มีผลบังคับทั่วไป (acte réglementaire) เช่น กฎหมู่กา เป็นต้น ในกรณีที่เป็นนิติกรรมที่มีผลเฉพาะบุคคล (acte individuel) ในกรณีนี้ผู้เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากอาจทำเพียงประกาศใช้แต่เพียงอย่างเดียวก็พอ คำสั่งที่ไม่ประกาศใช้ก่อนกระทบต่อบุคคลที่สาม และผู้เกี่ยวข้อง

นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง (non rétroactivité) แต่ข้อยกเว้นหลักการไม่มีผลย้อนหลังก็มี เช่น เมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งหรือแม้โดยอ้อมก็ตาม หรือในบางกรณี การมีผลย้อนหลังมีความจำเป็นโดยสภาพ หรือโดยสถานการณ์บางอย่างของคำสั่งนั้นเอง เช่นมีคำสั่งปลดข้าราชการ ต่อมามีการฟ้องเพิกถอนคำสั่ง และศาลสั่งเพิกถอน จึงมีคำสั่งที่ออกมาภายหลังให้คืนสภาพข้าราชการ คำสั่งภายหลังนี้จึงจำเป็นต้องมีผลย้อนหลัง เพื่อให้สิทธิซึ่งมีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงไปแล้วกลับคืนสู่สภาพเดิมเหมือนก่อนที่ออกนิติกรรมทางปกครองนั้น นอกจากนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า นิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจงานที่มีผลย้อนหลังได้⁸¹

2.3.4.2 ผลผ่านทางระเบียบของกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองสามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมาย (la situation juridique) ที่นิติกรรมนั้นมุ่งประสงค์ กล่าวคือ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่และสถานะทางกฎหมายของบุคคลนั้นเอง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับนับพันล้านถือว่าก่อนหน้าและจำเป็นต้องปฏิบัติทันทีโดยอาศัยหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองและหลักเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่จากสิ่งที่ตัดสินใจแล้ว (privilège du préalable และ autorité de la chose décidée) หลักดังกล่าวมีอยู่ว่า

ประการแรก นิติกรรมนั้นได้รับการสันนิษฐานว่าถูกต้อง

⁸¹คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 30 พฤศจิกายน 1951 คดี Limousin, อ้างถึงงานเรื่องเดียวกัน: 300.

ตามกฎหมาย เป็นผลให้มีผลต่อผู้อยู่ใต้ปกครองทันที และผู้ที่ได้รับผลกระทบนี้จะอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็โดยการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยวิธีฟ้องแบบการร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความสมบูรณ์ หรือความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (Recours pour excès de pouvoir: R.E.P.) แต่การฟ้องที่ไม่ทำให้นิติกรรมทางปกครองนั้นต้องยุติลงแต่อย่างใด คงมีผลข้างบังคับต่อไป เว้นเสียแต่บางกรณีที่อาจจะร้องขอให้ศาลสั่งให้ระงับยับยั้งการบังคับให้ปฏิบัติตามได้

ประการที่สอง นอกจากให้สันนิษฐานว่า นิติกรรมทางปกครองชอบด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถที่จะดำเนินการให้มีผลปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองนั้นได้เอง และมีผลโดยฉับพลัน โดยไม่ต้องร้องขออำนาจต่อศาล (l'exécution d'office) แต่คำสั่งในทางปกครองจะแตกต่างกับคำพิพากษาที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว กล่าวคือ แม้ภายหลังระยะเวลาอายุความฟ้องเพิกถอนจะได้สิ้นสุดลงแล้วก็ตาม ก็ยังอาจถูกเรียกร้องให้เยียวยาข้อเท็จจริงเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นได้ หรืออาจถูกฟ้องให้พิจารณาเป็นกรณีที่เรียกว่า *Excéption d'illégalité* กล่าวคือ กรณีที่การกระทำนั้น เกี่ยวพันในคดีแพ่งหรือคดีอาญาที่กำลังดำเนินการอยู่ในศาลยุติธรรมหรือเป็นการฟ้องร้องที่ไม่เกี่ยวกับการกระทำนี้โดยตรง แต่เป็นการกระทำอื่นที่กระทำสืบเนื่องจากการกระทำคราวแรก

2.3.4.3 การบังคับให้ปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครอง ตามหลักกฎหมายของฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองมีวิธีบังคับให้ผู้ที่มีพันธะต้องปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองดังนี้

การลงโทษทางอาญา ในกรณีที่เป็นการนิติกรรมที่มีผลบังคับโดยทั่วไป (acte réglementaire) การปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองจะมีผลให้ต้องรับโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส มาตรา R 26 (150) จะลงโทษปรับแก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบและกฎกระทรวง ที่ออกจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือกฎข้อบังคับที่ประกาศใช้โดยเจ้าหน้าที่เทศบาล⁸²

ถ้าเป็นการปฏิบัติจำเริญนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (acte individuel) จะต้องระบุไว้ในกฎหมายฉบับนั้นว่ามีโทษทางอาญาที่กำหนดไว้ เช่น ตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันประเทศฉบับลงวันที่ 11 กรกฎาคม 1938 (Défense nationale,

82 เรื่องเดียวกัน, หน้า 302.

Loi du II juillet 1938)⁸³

การลงโทษทางปกครอง มีอยู่หลายกรณี อาทิ การลงโทษทางวินัยในระบบราชการ การที่ผู้ให้บริการสาธารณะไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด อาจถูกเพิกถอนสิทธิให้บริการนั้น เช่น การละเมิดกฎหมายและกฎข้อบังคับที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางเศรษฐกิจ อาจถูกสั่งให้ปิดสถานที่ การละเมิดกฎหมายและกฎข้อบังคับเกี่ยวกับวิชาชีพอาจถูกยกเลิกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ

การใช้กำลังบังคับ เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองใช้กำลังเข้าปฏิบัติการบังคับให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองนั้นได้เองโดยไม่ต้องฟ้องศาลก่อน แต่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งหรือเป็นกรณีเร่งด่วน หรือมีความจำเป็นอย่างยิ่ง และต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 4 ประการคือ ไม่มีวิธีการทางกฎหมายอื่น ๆ ที่จะทำได้ มีคำสั่งทางปกครองให้ปฏิบัติออกมาเพื่อใช้บังคับตามบทบัญญัติที่แน่ชัด เมื่อการใช้บังคับต้องเผชิญกับ "เจตนาที่มีลักษณะไม่ปรารถนาดี" และการใช้กำลังบังคับนั้นต้องไม่ก้าวล่วงความจำเป็นเกินไปกว่าเพื่อประกันการปฏิบัติตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองต้องเสี่ยงภัยเองในการกระทำดังกล่าว หากการกระทำนั้นต่อมาจากหลังถูกเพิกถอนโดยจำต้องชดเชยค่าเสียหาย

2.3.4.4 การสิ้นสุดผลของนิติกรรมทางปกครอง เมื่อมีนิติกรรมทางปกครองออกมาแล้ว การสิ้นสุดผลของนิติกรรมทางปกครองย่อมมีได้สองกรณี คือ

กรณีแรก การสิ้นสุดที่เกิดจากคำสั่งนั่นเอง นิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งจะมีผลใช้บังคับโดยอัตโนมัติ แต่ตัวคำสั่งทางปกครองนั้นอาจแสดงไว้อย่างชัดแจ้ง หรือสันนิษฐานได้ว่าได้กำหนดระยะเวลาการบังคับใช้เอาไว้ด้วย ก็จะสิ้นผลบังคับใช้ตามระยะเวลาที่กำหนด

กรณีที่สอง การสิ้นสุดโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอาจสิ้นสุดโดยการเพิกถอน (retrait) หมายถึง การให้ผลของคำสั่งนั้นสิ้นสุดลงทั้งในอดีตและอนาคต กับกรยกเลิก (abrogation) หมายถึง การให้ผลของคำสั่งนั้นสิ้นสุดลงเฉพาะในอนาคต

⁸³Code administratif, p.581-583.

การเพิกถอน (retrait) ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่าผลของการกระทำที่ก่อให้เกิดสิทธิเริ่มตั้งแต่การลงนาม (Signature de l'acte) และนับแต่วันลงนาม การจะเพิกถอนการกระทำนั้นจะกระทำได้เฉพาะกรณีเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีการแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องได้ทราบ (notification) หรือมีประกาศโฆษณา (Publication) ทว่าสิ่งทางปกครองก่อให้เกิดสิทธินับแต่ลงนามในคำสั่งนั้น แต่การเริ่มนับอายุความในการเพิกถอน นับจากวันที่มีการประกาศโฆษณาหรือที่มีการแจ้งให้ทราบดังกล่าว⁸⁴

ส่วนการยกเลิก (abrogation) นั้น ในกรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte réglementaire) ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักไว้ว่าอาจถูกยกเลิกได้เสมอ เพราะไม่มีใครจะมีสิทธิที่ได้รับมาแล้ว (droit acquis) โดยอาศัยการกระทำประเภทนี้⁸⁵ แต่กรณีที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล (acte individuel) ต้องพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสิทธิหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีไม่ก่อให้เกิดสิทธิย่อมมีการยกเลิกได้เสมอ แต่ถ้าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดสิทธิแก่เอกชน การยกเลิกจะกระทำได้ก็แต่เพียงเงื่อนไขและรูปแบบที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย เช่น การยกเลิกการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งใด อาจกระทำได้โดยการเพิกถอนการแต่งตั้งที่เรียกว่า révocation

3. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนกับนิติกรรมทางปกครอง
จากที่ได้ศึกษาถึงนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนและนิติกรรมตามกฎหมายมหาชนมาแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายในแต่ละสาขามีปรัชญาหรือแนวคิดที่แตกต่างกัน ซึ่งรัฐจำเป็นต้องสร้างกลไกของรัฐ และอำนาจการให้กลไกของรัฐสามารถบังคับการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในแต่ละสาขา

เนื่องจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไม่ขอเขตจำกัดการศึกษาในเรื่องการบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยในคดีแพ่งและคดีปกครอง จึงจะนำข้อเปรียบเทียบระหว่างนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนกับนิติกรรมทางปกครองมาพิจารณาโดยลำดับดังต่อไปนี้

⁸⁴คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 19 ธันวาคม 1952 คดี Delle Mattei, อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 307.

⁸⁵คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 25 มิถุนายน 1954 คดี Synd, nat. de la meunerie à seigle: อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน: 308.

3.1 เจตนารมณ์

การที่จะบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น จะต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย (the spirit of law) นั้นว่าต้องการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อมีวัตถุประสงค์ให้เกิดผล มีผล และได้รับผลอย่างไรต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง

เจตนารมณ์ของนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน เป็นการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน โดยคำนึงถึงเจตนาที่แท้จริง (intention) ของคู่กรณีที่จะกระทำให้เกิดโอน เปลี่ยนแปลง สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิที่ตนเมื่ออยู่ในทรัพย์สินหรือทรัพย์สินสิ่งใด รวมทั้งสิทธิบางอย่างในร่างกาย หรือสิทธิในชื่อเสียงเกียรติยศ ฯลฯ ของตน โดยการผูกนิติสัมพันธ์นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันเฉพาะคู่กรณี กฎหมายจะเคารพในหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา (L'autonomie de la volonté) ไม่มีผลไปถึงบุคคลอื่น กฎหมายจะยอมรับว่านิติกรรมนั้นมีผลผูกพัน และบังคับเฉพาะคู่กรณี ตามเจตนาของคู่กรณี เว้นแต่นิติกรรมนั้นเป็นการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (public order or good morals) กฎหมายจึงจะไม่ยอมรับบังคับให้

ส่วนเจตนารมณ์ของนิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิใด ๆ ขึ้นใหม่ระหว่างรัฐกับเอกชน หรือจะก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ ขึ้นใหม่ระหว่างรัฐกับเอกชน โดยรัฐมีความมุ่งหมายในการทำนิติกรรมนั้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวม ไม่ว่าผลประโยชน์นั้นจะเป็นผลประโยชน์โดยตรง ในการจัดหาบริการสาธารณะต่าง ๆ ให้แก่ประชาชนตามหน้าที่ของรัฐจะพึงกระทำ หรือเป็นผลประโยชน์โดยอ้อมในการให้อำนาจแก่รัฐในการจัดระบบบริหารงานของรัฐ ให้เกิดความสงบเรียบร้อยแก่ประชาชน เช่น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการย่อมเป็นนิติกรรมทางปกครองที่รัฐประสงค์จะจัดระบบบริหารงานให้แก่ประชาชน ซึ่งเป็นผู้รับผลโดยอ้อมจากการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการผู้นั้น

3.2 คู่กรณี

ในนิติกรรมตามกฎหมายของเอกชน คู่กรณีก็คือเอกชนทั้งสองฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่ในนิติกรรมตามกฎหมายปกครอง คู่กรณีฝ่ายที่กระทำนิติกรรมจะต้องเป็นรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเสมอ

สำหรับนิติกรรมทางปกครองในรูปของสัญญา ฝ่ายปกครองอาจทำสัญญากับเอกชนในรูปลักษณะของสัญญาทางปกครอง (contrats administratifs) ซึ่งกฎหมายจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการแสดงเจตนาเลือกคู่สัญญา เช่น ต้องดำเนินการประกวดราคา และเลือกเอกชนที่ให้ประโยชน์สูงสุดเป็นฐานะการประกวดราคาเข้าทำสัญญาตามที่กฎหมายกำหนด ยิ่งไปกว่านั้น หลักความ

เท่าเทียมกันของผู้สัญญา ตามกฎหมายเอกชนก็จะนำมาใช้บังคับไม่ได้ เพราะต้องยึดประโยชน์ของ สาธารณะชนเป็นหลักสำคัญ เช่น ถ้าฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา เอกชนยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม สัญญาไปก่อนแล้วจึงเรียกเอาค่าเสียหายภายหลัง หลักเช่นนี้ต่างกับหลักของสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำขึ้น ซึ่งโดยสภาพแล้วเป็นสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (contrat privé de l'administration) ซึ่งฝ่ายปกครองทำสัญญาทางแพ่งในรูปของสัญญาแพ่งธรรมดา ๆ ที่เอกชนทั่วไปทำกัน เช่น สัญญาให้เช่า หรือหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินธรรมดา (contrats d'occupation du domaine privé) ต้องเคารพในหลักของความเท่าเทียมกันของผู้กระทำการแสดงเจตนา⁸⁶

3.3 ผู้เสียหาย

ในการทำนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน มีหลักกฎหมายทั่วไปตั้งแต่สมัยโรมันต่อ เนื่องถึงปัจจุบันอยู่มากที่คำนึงถึง การมีส่วนร่วมในความไม่สุจริตในการแสดงเจตนาของผู้กระทำ ความเสียหายจะทำให้ถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินคดีทางศาลเรียกร้องเอาผลประโยชน์จากการกระทำ ที่ไม่สุจริต หรือไม่ถูกต้อง เช่น หลักการมาศาลต้องมาด้วยมือสะอาด (He who comes into equity must come with clean hands)⁸⁷ หลักความยินยอมรับการละเมิดไม่ก่อให้เกิดความเสียหายตามกฎหมาย (volenti non fit injuria)⁸⁸ หลักกฎหมายปิดปาก (estoppel)

สำหรับผู้เสียหายในนิติกรรมทางปกครอง ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

⁸⁶บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สัญญาทางปกครองฝรั่งเศส", : 113.

⁸⁷ดังเช่นคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1532/2509 ระหว่าง นายทอง ดีเต่า กับพวก โจทก์ นายเงี้ยว ศรีสดี จำเลย ว่าที่ดินที่นายยังคงท่วมทุกปีในฤดูน้ำ ต้องถือว่าเป็นที่ชายตลิ่งอันเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินสำหรับพลเมืองาใช้ร่วมกัน ผู้ใดหาสิทธิหรือสิทธิครอบ ครองไม่ โจทก์เอาที่ดินนี้ไปขายฝากกับจำเลย โดยมิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที ก็จะต้องเป็นการมอบให้จำเลยครอบครองแทนมิได้ ระหว่างโจทก์จำเลย เมื่อจำเลย เป็นฝ่ายครอบครองอยู่ โจทก์ก็ขับไล่จำเลยไม่ได้

⁸⁸ในคดีอาญา ตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 771/2493 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า การที่ผู้เสียหายตกลงจะซื้อฉบับตรปลอมจากจำเลย เป็นการตกลงที่มีวัตถุประสงค์กฎหมาย มิได้เป็น ไปด้วยความสุจริต จะถือว่าเป็นผู้เสียหาย (ในคดีฉ้อโกง) โดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ฉะนั้น พนักงานอัยการจึงไม่มีสิทธินำคดีอันเนื่องมาจากคำร้องทุกข์ของผู้เสียหายนี้มาว่ากล่าวได้

กรณีผู้เสียหายจะร้องขอต่อศาลเป็นคดีปกครอง แยกเป็นสองกรณี⁸⁹

กรณีแรก คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (contentieux pleine juridiction) ได้แก่ คดีที่เอกชนซึ่งเป็นโจทก์ขอให้ศาลใช้อำนาจอย่างเต็มที่ คือ นอกเหนือจากอำนาจเพิกถอนแล้ว ยังมีอำนาจอื่น ๆ เช่น พิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายฐานผิดสัญญา หรือละเมิด ผู้เสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม ได้แก่ ผู้ที่ถูกละเมิดสิทธิ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิตามสัญญาหรือสิทธิเด็ดขาดอื่น ๆ โดยตรงตามหลักกฎหมายเอกชน

กรณีที่สอง คดีที่ขอให้เพิกถอน (Contentieux d'annulation) ได้แก่ คดีที่เอกชนซึ่งเป็นโจทก์ขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีการดำเนินคดีแบบร้องขอให้ศาลปกครองพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับความสมบูรณ์ หรือความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (Recours pour excès de pouvoir : R.E.P.) ใด ๆ ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง (intérêt à agir) ก็มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้ เพราะถือว่าผู้ฟ้องคดีมุ่งต่อการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เป็นคดีที่ไม่มุ่งจำเลยและไม่มุ่งหมายให้จำเลยต้องรับผิดชอบนั้นอาจเป็นประโยชน์ส่วนตัว (intérêt privé) หรือประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) ที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ด้วย

ทั้งนี้ เพราะอำนาจฟ้องหรือสิทธิการร้องทุกข์เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความ (กฎหมายมหาชน) แต่สิทธิที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทน (หรือได้รับการปลดเปลื้องทุกข์) เป็นกฎหมายสารະบัญญัติในทางแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชน

การเป็นผู้เสียหายในคดีปกครองพิจารณาจากความเสียหายของผู้เสียหายที่ได้รับจากนิติกรรมทางปกครองนั้นอย่างแท้จริง แต่เมื่อเข้ากระบวนการวิธีพิจารณาความแล้ว ผู้ร้องทุกข์จะมีสิทธิฟ้องคดีหรือจะสูญเสียสิทธิของตนเพียงใดก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่จะต้องพิจารณาต่อไป แม้ว่าผู้เสียหายซึ่งนำเรื่องมาฟ้องศาลปกครองจะมีส่วนร่วมในการกระทำผิด หากมีประเด็นไปถึงความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นศาลที่มีอำนาจรับคดีไว้พิจารณา

ในกรณีที่ผู้เสียหายมีส่วนร่วมในการกระทำผิดเช่นนี้ ในประเทศไทยเองก็เคยมีคำสั่งของนายกรัฐมนตรีรับคำร้องทุกข์ของผู้เสียหาย ซึ่งได้ร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้อง

⁸⁹บรรณศักดิ์ อวรรณธัม, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 7 (ธันวาคม 2531) : 742-745.

ทุกข่าวพิจารณา⁹⁰

3.4 ผลของนิติกรรม

ในกฎหมายเอกราชการกระทำไม่ว่าฝ่ายเดียวหรือหลายฝ่าย และการกระทำโดย การกระทำที่แสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์หรือกระทำโดยไม่มีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ ย่อมจะก่อให้เกิด ผลทางกฎหมายทั้งสิ้นทันทีที่กระทำ หากเข้ากฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การแสดงเจตนาทำ พินัยกรรมจะมีผลต่อไป トラบจนกว่าจะมีการเพิกถอนพินัยกรรมหรือด้วยการทำพินัยกรรมฉบับใหม่ เพิกถอนพินัยกรรมฉบับเดิม⁹¹ แต่ในนิติกรรมสองฝ่าย หากเป็นการกระทำโดยสมบูรณ์ ตามกฎหมาย การจะยกเลิกเพิกถอน หรือแก้ไขนิติกรรมนั้นจะต้องได้รับความยินยอมของคู่สัญญาทุกคน หรือมิฉะนั้น ก็ต้องเป็นนิติกรรมที่เป็นพันธวิสัย ที่จะปฏิบัติภาระหนี้ได้ หรือสิ้นผลบังคับตามเงื่อนไขบังคับหลังที่ เกิดขึ้นและสำเร็จแล้ว ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะเลิกสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่ได้

ผลของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มีอยู่สองลักษณะ⁹² คือ

3.4.1 นิติกรรมทางปกครองที่เป็นการกระทำทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งครอบคลุมทั้งการกระทำฝ่ายเดียว (acte unilatérale) หรือการกระทำสองฝ่าย (acte bilatérale) หรือเป็นการกระทำหลายฝ่าย (acte plurilatérale) ของฝ่ายปกครอง โดย เจ้าหน้าที่ของรัฐ นิติบุคคลมหาชนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง และในบางกรณีอาจกระทำโดย เอกชน ซึ่งมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมาย เช่น เพราะได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายปกครองแล้ว ก็ถือว่าเขากระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย การกระทำดังกล่าวแยกได้เป็นสองกรณี

กรณีแรก การกระทำทางกฎหมาย (acte juridique) หมายถึง การกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มุ่งประสงค์ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสภาพการณ์

⁹⁰หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0108/423 ลงวันที่ 13 มกราคม 2527, วารสารกฎหมายปกครอง 2 (ธันวาคม 2526), : 595-596.

⁹¹ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1693 ว่า ผู้ทำพินัย กรรมจะเพิกถอนพินัยกรรมของตนเสียทั้งหมด หรือแต่บางส่วนในเวลาใดก็ได้และ มาตรา 1694 จะ เพิกถอนพินัยกรรมฉบับก่อนทั้งหมด หรือแต่บางส่วนด้วยพินัยกรรมฉบับหลังก็ได้

⁹²โรลันด์ ฟลوجل, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง", เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, : 36-52 (อัสสาเนา).

ทางกฎหมาย (Ordonnancement juridique) โดยกำหนดหน้าที่ หรือโดยการทำสิทธิแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในนิติกรรมหรือการกระทำ (acte) นั้น เช่น การออกคำสั่งให้เอกชนมีสิทธิในที่ดิน การกระทำหรือนิติกรรมเช่นนี้อาจฟ้องศาลแบบ R.E.P. ให้เพิกถอนนิติกรรมนั้นได้

กรณีที่สอง การกระทำในทางปฏิบัติการ (acte matériel opération matériel) หมายถึง การกระทำทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิหน้าที่ของบุคคลแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำในทางวัตถุทั่ว ๆ ไป เช่น การซ่อมถนน การกระทำหรือนิติกรรมเช่นนี้จะฟ้องศาลให้เพิกถอนแบบ R.E.P. ไม่ได้ แต่จะต้องดำเนินคดีแบบศาลที่มีอำนาจเต็ม (Contentieux de pleine juridiction) โดยฟ้องเรียกค่าเสียหาย

3.4.2 การกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง
ซึ่งแยกพิจารณาได้สองกรณี คือ

กรณีแรก การกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในแง่ภววิสัย (objective) คือ สามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ในตัวเอง โดยไม่จำเป็นต้องเกิดผลทางกฎหมายต่อผู้หนึ่งผู้ใดโดยตรง อันหมายถึงการก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่เป็นการทั่วไป ไม่ระบุตัวบุคคล การกระทำเช่นนี้อาจร้องขอต่อศาลให้มีการเพิกถอนได้

กรณีที่สอง การกระทำที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย มีอยู่หลายอย่างเช่น การแสดงความคิดเห็น (opinions) ของฝ่ายปกครอง การกระทำในชั้นเตรียมการออกนิติกรรม การกระทำในลักษณะห้ามปราม รวมทั้งประกาศ หนังสือเวียน คำสั่ง ชี้แจงภายในหน่วยงาน (mesures d'ordre intérieur) เพื่อชักจูงหรือกำหนดแนวทางการปฏิบัติงาน เหล่านี้เป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ไม่อาจร้องขอให้มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

นิติกรรมที่เป็นการกระทำทางกฎหมาย หรือก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ฝ่ายปกครองอาจสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกนิติกรรมนั้นได้เอง หรือโดยศาลสั่งเพิกถอนก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสัญญาทางปกครองเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาแต่ฝ่ายเดียว หรือแม้แต่จะใช้สิทธิเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียวก็ได้เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ เอกชนมีสิทธิที่จะเรียกค่าเสียหายได้เท่านั้น

3.5 สภาพบังคับ

เนื่องจากเจตนารมณ์ของนิติกรรมตามกฎหมาย เอกชนเคารพในหลักความศักดิ์

สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณีและไม่กระทบถึงบุคคลอื่น ดังนั้น กฎหมายที่รัฐบัญญัติออกมาจึงเป็นเรื่องการวางข้อกำหนดในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน เช่น สภาพบุคคล ความสามารถของบุคคล การที่บุคคลจะแสดงเจตนาทำนิติกรรม การรวมตัวของบุคคลเพื่อก่อตั้งนิติบุคคล การทำสัญญาของเอกชน รูปแบบของสัญญา เหล่านี้รัฐจะเข้ามาวางกฎเกณฑ์กว้าง ๆ ให้เอกชนปฏิบัติ แต่จะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวในกิจการนั้น ตราบเท่าที่กิจการนั้นไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อมีการปฏิบัติฝ่าฝืนนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน รัฐก็ตั้งกลไกของรัฐที่จะอำนวยความสะดวกมาให้เอกชนทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียมกันในรูปแบบของศาลยุติธรรม ซึ่งจะเข้ามาชี้ขาดวินิจฉัยคดีโดยเคารพหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่กรณีเป็นข้อสำคัญ สิ่งที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้พิพากษาจะนำมาวินิจฉัยชี้ขาดคดี ก็คือแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีว่า เป็นอย่างไร รูปแบบหรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในการแสดงเจตนาอันมีอย่างไร และคู่กรณีฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบการฝ่าฝืนนิติกรรมที่ตนได้กระทำลงจะต้องมีหน้าที่ในการคืน ใช้จ่ายค่าทรัพย์สินรวมทั้งชำระค่าเสียหาย หรือกระทำการ งดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามความประสงค์ของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ตามสมควรแก่ฐานะและมูลหนี้ในระหว่างคู่กรณี หลังจากมีความวินิจฉัยชี้ขาดคดีแล้ว รัฐก็จะต้องจัดตั้งกลไกของรัฐให้มีการบังคับคดีตามหาวินิจฉัยชี้ขาดของศาลต่อไป

สภาพบังคับของนิติกรรมทางปกครองนั้น จะต้องพิจารณาไปในแต่ละประเภทของนิติกรรมและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาจกล่าวรวม ๆ ได้ว่า รัฐบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายด้วยการมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวนมากในองค์กรของรัฐประเภทต่าง ๆ มีอำนาจสั่งการหรือวินิจฉัยตามบทกฎหมายที่กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้น สภาพบังคับในการสั่งการและวินิจฉัยจะไม่คำนึงถึงความต้องการของเอกชนคนหนึ่งคนใด แต่จะคำนึงถึงประโยชน์สุขของคนหมู่มากเป็นข้อสำคัญ อำนาจสั่งการและวินิจฉัยนี้มิใช่หมายถึงการสั่งการหรือการวินิจฉัยระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนซึ่งเป็นเอกชนเท่านั้น หากหมายรวมถึงการสั่งการและวินิจฉัยภายในระบบบริหารกิจการของรัฐเองด้วย เช่น การสั่งการระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาในเรื่องวินัย การสั่งโยกย้ายหรือให้ความดีความชอบ

นอกจากนั้น กฎหมายยังได้กำหนดความหลากหลายของเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้ตามแต่สภาพขององค์กร เช่น ข้าราชการประจำ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ข้าราชการการเมือง ข้าราชการส่วนกลาง ข้าราชการส่วนภูมิภาค ข้าราชการส่วนท้องถิ่น หรือบางที่ผู้ใช้อำนาจของรัฐก็เป็นไปในรูปของคณะกรรมการต่าง ๆ รวมทั้ง การจัดตั้งหรือให้อำนาจศาลมาวินิจฉัยนิติกรรมทาง

ปกครองอีกด้วย⁹³

ความหลากหลายของกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ทำให้สภาพบังคับของนิติกรรมทางกฎหมายปกครองมีมากมายต่าง ๆ กันออกไป การฝ่าฝืนนิติกรรมทางปกครองบางชนิด เช่น การขัดคำสั่งของเจ้าพนักงานในบางกรณีจะมีโทษทางอาญา ในขณะที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีอำนาจที่จะใช้กำลังบังคับต่อผู้ฝ่าฝืนนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การเพิกถอนสิทธิและประโยชน์ที่รัฐเคยให้การรับรองไว้ การเข้ารื้อถอนอาคารและสิ่งปลูกสร้างที่กระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมาย การยึดทรัพย์ของเอกชน การห้ามเข้าสิทธิบางอย่างในทางทรัพย์สินหรือจำกัดสิทธิในการใช้ประโยชน์จากบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำไว้ ในส่วนที่ผู้ฝ่าฝืนนิติกรรมทางปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐสภาพบังคับนั้นยังรวมไปถึงการลงโทษทางวินัย ถูกสอบสวน ถูกงดบำเหน็จความดีความชอบ โยกย้าย ปลดออก จากตำแหน่ง ปลดออก ไล่ออก นอกจากนั้น ฝ่ายปกครองยังมีสิทธิที่จะใช้สิทธิตามกฎหมายเอกชนในการเรียกให้ผู้ฝ่าฝืนคืนหรือชำระค่าทรัพย์สิน เรียกค่าเสียหาย กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้อีกด้วย

อนึ่ง การกระทำที่เกี่ยวกับการตัดสินใจว่าจะใช้กำลังบังคับของรัฐเพื่อปฏิบัติบังคับตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือไม่ ก็เป็นนิติกรรมทางปกครอง⁹⁴ เหตุฉะนี้ ภายหลังที่ศาลยุติธรรมมีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี คู่ความฝ่ายที่ชนะคดีจะต้องร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งไปยังฝ่ายปกครองเพื่อไว้ดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลอีกด้วย

โดยสรุปแล้ว แนวทางการเปรียบเทียบนิติกรรมตามกฎหมายเอกชนกับนิติกรรมทางปกครองนั้น พิจารณาได้จากสามประการประกอบกัน⁹⁵

ประการที่หนึ่ง พิจารณาถึงกิจการที่กระทำว่าเป็นเรื่องของส่วนรวมหรือเอกชน ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนรวม เช่นการปกครองบ้านเมืองก็เป็นนิติกรรมทางมหาชน ถ้าเป็นกิจการส่วนตัวของเอกชนก็เป็นนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน

⁹³อมร จันทรสมบูรณ์, "นิติที่ 3 ของกฎหมาย", วารสารกฎหมายปกครอง 9 (เมษายน 2533) : 11-28.

⁹⁴โรคนัน พลกุล, "กฎหมายปกครองในฝรั่งเศส", : 44.

⁹⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 43-44.

ประการที่สอง พิเคราะห์ถึงผู้ถืออำนาจหรือผู้ทรงสิทธิ์ว่าเป็นใคร ถ้าเป็นองค์กรของรัฐหรือเจ้าพนักงานของรัฐฝ่ายปกครองกระทำนิติกรรม ก็เป็นนิติกรรมทางปกครอง ถ้าเป็นบุคคลธรรมดากระทำนิติกรรมก็เป็นนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน

ประการที่สาม พิเคราะห์ถึงสถานะหรือความสัมพันธ์ของบุคคล ด้านนิติกรรมนั้น กระทำลงโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครอง อีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในฐานะผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง ความสัมพันธ์ที่ไม่เสมอภาคเช่นนี้ในการทำนิติกรรมนั้นก็ เป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นนิติกรรมทางกฎหมายมหาชน

เมื่อได้ทราบถึงนิติกรรมต่าง ๆ ตามกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนแล้ว การศึกษาต่อไป จะทำการศึกษาถึงการบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือการบังคับคดี ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่งที่ผูกพันกับนิติกรรมทางตุลาการและทำให้นิติกรรมทางตุลาการเกิดผลและมีสภาพบังคับทางกฎหมาย.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ส่วนที่ 2

ทฤษฎีผลบังคับของท้าวินิจฉัยของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

ในปัจจุบันระบบกฎหมายแองโกลอเมริกัน (Anglo American) ซึ่งมีต้นแบบมาจากประเทศอังกฤษใช้วิธีพิจารณาความและวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรมของการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหาร ที่เรียกว่าคดีปกครอง รวมทั้งมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีแพ่ง คดีอาญา ทุกชนิด ในระบบของศาลเดี่ยว

ส่วนในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน นิยมระบบศาลคู่ คือจัดตั้งองค์กรรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งขึ้นมาในรูปของศาลปกครองของฝ่ายบริหาร ทำการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองต่างหากจากศาลยุติธรรม สำหรับศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยคดีแพ่ง คดีพาณิชย์ และคดีอาญาทั้งหลายเท่านั้น

การทำให้ศาลยุติธรรมรับผิดชอบหน้าที่ ทั้งด้านตรวจสอบความถูกต้องของฝ่ายบริหาร และวินิจฉัยชี้ขาดคดีเอกชนด้วยเช่นนี้ โดยไม่จัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นต่างหากสำหรับวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง มีผู้กล่าวว่ามีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ ในข้อดีประชาชนสามารถมั่นใจในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของศาลยุติธรรมได้มากกว่าการจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาทำหน้าที่ ทั้งยังเป็นการตัดปัญหายุ่งยากในเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะต้องคาบเกี่ยวกัน ข้อดีประการต่อไป คือ สร้างภาพพจน์ที่ดีสำหรับรัฐบาลว่า อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปได้ชัดเจนกว่าในกรณีที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นพิเศษ ส่วนข้อเสียนั้นได้แก่ปัญหาที่ผู้พิพากษาตัดสินคดีปกครองรวม ๆ ไปกับคดีแพ่งสามัญทั่วไป โดยผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมมักจะขาดความรู้ความเข้าใจในแนวความคิดของกฎหมายปกครอง ลักษณะพิเศษของคดีปกครอง และข้อจำกัดต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่เผชิญอยู่ในปัจจุบัน ข้อเสียอีกประการหนึ่งก็คือ ทำให้มีการนำคุณเกณฑ์ด้านวิธีพิจารณาความต่าง ๆ ที่ใช้อยู่ในคดีแพ่งสามัญมาซึ่งบังคับกับคดีปกครองอย่างไม่เหมาะสมทำให้การพิจารณาตัดสินคดีปกครองต้องล่าช้าขาดประสิทธิภาพ⁹⁶

⁹⁶จรัญ ภักดีธนากุล, "การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ", ตุลพาน

เพื่อให้เห็นความเข้าใจในข้อแตกต่าง ระหว่างผลบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรม ตามกฎหมายเอกชน และผลบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง จึงจะนำแนวคิดและทฤษฎีประกอบมาศึกษาดังต่อไปนี้

ทฤษฎีผลประโยชน์ (Théorie d'intérêt)

เป็นทฤษฎีเก่าแก่ที่สุดที่รู้จักกันมาแล้วตั้งแต่สมัยโรมัน นักปราชญ์ทางกฎหมายชาวโรมันชื่อ อัลเปียน (Ulpian) ได้กล่าวเอาไว้ใน Digesten ที่ 1,1,1,2 ว่า "huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum est quod ad statum rei romane spectat, privatum quod ad utilitatem singulorum spectat" แปลว่า "การศึกษานิติศาสตร์ประกอบด้วยสองส่วน คือ กฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสถานภาพของรัฐโรมัน ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์ของเอกชน"⁹⁷ จุดสำคัญที่จะแบ่งแยกว่าอะไรคือประโยชน์ของเอกชน ประโยชน์ของรัฐ จึงเป็นที่มาของแนวคิดเบื้องต้นในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีและบังคับการตามคำวินิจฉัยนั้น

ทฤษฎีคุ้มครอง (Théorie de protection)

เป็นทฤษฎีต่อมาที่พยายามอธิบายความหมายของประโยชน์ส่วนตัว ประโยชน์ส่วนรวม โดยอธิบายว่า กฎหมายเอกชนจะคุ้มครองประโยชน์ของเอกชน ส่วนกฎหมายมหาชนจะเป็นเรื่องคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม⁹⁸ ข้อพิพาทในคดีตามกฎหมายเอกชนที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม ศาลจะทำหน้าที่ดูแลให้ความคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนอย่างเท่าเทียมกัน ส่วนข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนจะต้องถือว่าประโยชน์ของมหาชนอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน

ทฤษฎีอำนาจเหนือ (Théorie de sujétion)

ทฤษฎีนี้กล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันที่มีความเท่าเทียมกันตามกฎหมายเอกชน แต่ตามกฎหมายมหาชนฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจเหนือกว่าเอกชนในฐานะผู้มีอำนาจปกครอง⁹⁹ ดังนั้น

⁹⁷H. Hausmaninger - W.Stelo, supra note I, p.65., อ้างถึงใน, ทัศนวิทย์ วิจิตวิริยกุล, "ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย: ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน", วารสารนิติศาสตร์ 20 (มิถุนายน 2533) : 173.

⁹⁸เรื่องเดียวกัน: 174.

⁹⁹เรื่องเดียวกัน: 175-176.

ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี ศาลจะพิจารณาถึงนิติกรรมที่คู่กรณีกระทำดังนี้ ในกฎหมายเอกชนนิติกรรมจะก่อผลขึ้นมาในทางกฎหมายให้มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ด้วยความตกลงของคู่กรณี แต่ในนิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องการกำหนดขึ้นฝ่ายเดียวก็เป็นผลตามกฎหมายแล้ว เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานศาลจะไม่คำนึงถึงความยินยอมของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในนิติกรรมทางปกครอง

ทฤษฎีทวีนิยม (Théorie de pluralité)

ทฤษฎีนี้กล่าวว่ากฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนมีลักษณะเป็นทวีนิยม (Pluriel) ซึ่งหมายความว่าไม่มีข้อแตกต่างกันในกฎเกณฑ์ของกฎหมาย สามารถอธิบายได้โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางนิติศาสตร์ทั้งในแง่รูปแบบและโครงสร้างของกฎหมาย เจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งมีจุดแตกต่างกันระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน¹⁰⁰

ทฤษฎีต่าง ๆ ข้างต้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ศาลยุติธรรมและองค์กรผู้มีส่วนกำหนดนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดหรือนิติกรรมทางตุลาการ จะต้องค้นหาความนึกคิดของผู้บัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ประวัติศาสตร์ของการจัดตั้งระบบกฎหมายขึ้นในประเทศเป็นส่วนสำคัญที่จะต้องคำนึงถึงด้วยในทางปฏิบัติ

ส่วนการบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นมีทฤษฎีที่สำคัญคือ ทฤษฎีผลบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาด (Théorie d'Autorité de la chose jugée) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่เกิดขึ้นจากแนวปฏิบัติที่สั่งสมกันมานานเพื่อทำให้คำวินิจฉัยคดีมีผลสภาพบังคับกับผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้นไม่ว่าจะเป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมายเอกชน หรือกฎหมายมหาชน ซึ่งจะนำมากล่าวโดยละเอียดต่อไปนี้

1. ข้อแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดกับนิติกรรมอื่นของรัฐ

ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือองค์กรอื่นผู้มีส่วนกำหนดนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า นิติกรรมทางตุลาการจะมีลักษณะแตกต่างจากนิติกรรมอื่น ๆ ของรัฐ ดังนี้

1.1 มีการเสนอข้อหา (contestation)

องค์กรผู้มีส่วนกำหนดนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดจะไม่มีอำนาจหยิบยกข้อกล่าวหาขึ้นมาวินิจฉัยได้เอง แต่จะต้องมีการเสนอข้อหาหรือข้อพิพาทนั้นมาให้องค์กรผู้มีส่วนกำหนดนิติกรรมทางการวินิจฉัย เพื่อให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดข้อหา นั้น การเสนอข้อหา นั้นอาจกระทำในรูปคำ

¹⁰⁰ เรื่องเดียวกัน: 177-178.

ฟ้อง คำร้อง ต่อศาลยุติธรรมหรือต่อองค์กรอื่น ๆ ผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัยชี้ขาด¹⁰¹

สำหรับคดีปกครองในประเทศไทยฝรั่งเศสมีคู่สองความหมาย ความหมายหนึ่งหมายถึงข้อพิพาททั้งหลาย (litiges) ที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำของฝ่ายปกครอง ตลอดจนกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทของฝ่ายปกครอง อีกความหมายหนึ่งหมายถึงเฉพาะวิธีการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำของฝ่ายปกครองที่ขึ้นในผู้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท (l'autorité juridictionnelle)¹⁰² ซึ่งไม่รวมถึงการแก้ไข

¹⁰¹ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 2 บัญญัติว่า "ห้ามมิให้เสนอคำฟ้องใด เว้นแต่..." และมาตรา 67 กำหนดรูปแบบของคำคู่ความซึ่งรวมถึงคำฟ้องด้วย เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 3 กำหนดสิทธิของผู้มีสิทธิฟ้องคดีอาญา และมาตรา 158 กำหนดรูปแบบของคำฟ้องคดีอาญา

ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 18 กำหนดสิทธิในการร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และได้มีระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ว่าด้วยการยื่นและการส่งคำร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 ข้อ 3 และ 4 กำหนดรูปแบบและวิธีการร้องทุกข์ไว้

นอกจากนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 205 กำหนดว่า หากสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วส่งความเห็นนั้นไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และหากนายกรัฐมนตรีเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ก็ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และในมาตรา 206 หากศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งโดยศาล เห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ให้ศาลส่งความเห็น เช่นว่านี้ไปหาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

¹⁰²J.M.Auby et R.Drago, Traité de contentieux administratif, p.9-10.

ข้อพิพาทของฝ่ายปกครองโดยวิธีทางอื่นไม่ใช้ทางศาล เช่น การร้องเรียนภายในของฝ่ายปกครอง (les recours administratifs) วิธีการอนุญาโตตุลาการทางปกครอง (les procédures administratives arbitrales) เหล่านี้ไม่ใช้คดีปกครอง¹⁰³ แต่ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทของฝ่ายปกครองโดยทางอื่น ไม่ใช้ทางศาล หรือกระบวนการแก้ไขข้อพิพาททางศาล ซึ่งจำเป็นจะต้องมีการกระทำนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า นิติกรรมทางตุลาการ ก็จะต้องมีการเสนอคำฟ้อง คำร้อง หรือวิธีการเสนอข้อหาอื่น ๆ เพื่อแสดงข้อหาหรือปัญหาที่ขอให้มีการวินิจฉัยทั้งสิ้น

ส่วนนิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรมทางปกครองนั้น จะเห็นได้ว่าองค์กรผู้กระทำนิติกรรมสามารถกระทำนิติกรรมเหล่านั้นได้เองโดยไม่ต้องมีการร้องขอ เพราะนิติกรรมทางนิติบัญญัติเป็นการวางกำหนดกฎเกณฑ์ ส่วนนิติกรรมทางปกครองก็เป็นการที่ฝ่ายปกครองกระทำการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงสิทธิโดยอำนาจของตนเอง

1.2 มีการขอให้สรุปและให้ทางออก (solution)

องค์กรผู้มีอำนาจกระทำนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องมีความวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งกระทำโดยลับ มีการทำคำสรุปข้อเท็จจริงและให้ทางออกแก่ปัญหาโดยทางกฎหมาย เพื่อให้คำวินิจฉัย (decision) นั้นมีเหตุผลและมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ การที่องค์กรผู้มีอำนาจกระทำนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องฟังข้อเท็จจริงทั้งสองฝ่ายอย่างเปิดเผยหรือกึ่งลับ (procédure demi secret) และหากทางออกสำหรับปัญหาโดยข้อกฎหมายนี้ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติกันมาตั้งแต่สมัยโรมัน ดังที่มีสุภาษิตกฎหมายกล่าวว่า "Judicis est Judicare Secundum Allegata et Probata" ซึ่งแปลว่า "เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยคดีเฉพาะข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างและพิสูจน์ได้เท่านั้น"¹⁰⁴ ฉะนั้น ในคำวินิจฉัยจะต้องมีการกล่าวถึงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไว้เสมอ¹⁰⁵

¹⁰³ รุคิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 20-25.

¹⁰⁴ อุมัต ใจสมุทร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการพิจารณาการมีคำพิพากษาและคำสั่งในศาลชั้นต้นและอุทธรณ์ฎีกา พิมพ์ครั้งที่ 3 (พระนคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2514), หน้า 130.

¹⁰⁵ ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 186 บัญญัติว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งต้องมีข้อสำคัญเหล่านี้เป็นอย่างน้อย (5) ข้อเท็จจริงซึ่งพิจารณาได้ความ (6) เหตุผลในการตัดสินทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย

ตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า การกระทำที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดนั้น จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีปัญหากฎหมายเสนอต่อเจ้าหน้าที่ และเจ้าหน้าที่จะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อแก้ปัญหานั้น เพื่อที่จะวินิจฉัยปัญหากฎหมายผู้พิพากษาจะต้องวินิจฉัยหรือฟังข้อเท็จจริงก่อน นั่นคือการที่จะบอกว่าอะไรคือข้อเท็จจริง ผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่กล่าวถึง ข้อกฎหมาย (dire le droit) และกล่าวถึงข้อเท็จจริง (dire le fait) เพื่อที่จะได้สามารถหาทางออกให้แก้ปัญหานั้น เช่น ปัญหาว่า นาย ก. จำผู้อื่นโดยเจตนาหรือไม่ ปัญหาข้อกฎหมายคือ นาย ก. มีความผิดฐานจำผู้อื่นหรือไม่ ข้อเท็จจริงคือความตามของผู้อื่น ซึ่งศาลจะต้องฟังข้อเท็จจริงเสียก่อนว่าผู้อื่นถึงแก่ความตายจริงหรือไม่ จากนั้นจึงจะมาดูว่า นาย ก. กระทำฐานจำผู้อื่นหรือไม่ ตรงนี้คือปัญหาข้อกฎหมายซึ่งผู้พิพากษาจะต้องชี้ทางออก¹⁰⁶

สำหรับนิติกรรมทางนิติบัญญัติจะเป็นการวางข้อกำหนดคุณเกณฑ์ทางกฎหมายโดยไม่ได้กล่าวถึงข้อเท็จจริง ส่วนนิติกรรมปกครองจะเป็นการกระทำหรือคำสั่งให้ผู้เกี่ยวข้องปฏิบัติ โดยไม่ได้มีการให้เหตุผล หรือแยกพิจารณาเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใด ๆ

1.3 มีผลของคำวินิจฉัย (effet de jugement)

ลักษณะสำคัญที่แตกต่างจากนิติกรรมอื่น ๆ ของรัฐก็คือคุณสมบัติของนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดที่มีลักษณะเด็ดขาด จะนำมาฟ้องร้องอีกไม่ได้ และจะต้องมีบังคับการตามคำวินิจฉัย (L'autorité de la chose jugée) ดังต่อไปนี้

1.3.1 ผลของคำวินิจฉัยเมื่อถึงที่สุดแล้วต้องสันนิษฐานว่าถูกต้อง ในทางกฎหมายอาญามีสุภาษิตกฎหมายลาตินว่า "NE BIS IN IDEM" ซึ่งหมายความว่า บุคคลไม่อาจตกอยู่ในอันตรายแห่งความคิดที่ได้ถูกลงโทษครั้งเดียว ด้วยเหตุนี้ หากบุคคลใดถูกฟ้องต่อศาลในคดีอาญาจนมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความคิดที่โต้แย้งแล้ว ไม่ว่าศาลจะพิพากษาลงโทษหรือยกฟ้องก็จะนำบุคคลนั้นมาฟ้องร้องอีกไม่ได้¹⁰⁷

ในคดีแพ่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือชี้ขาดในประเด็นที่พิพาท และเป็นที่สุดแล้วย่อมมีผลผูกพันคู่ความนั้น แต่ไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกซึ่งไม่คู่ความในคดี ลักษณะที่มีผลผูก

¹⁰⁶ รงคิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 15.

¹⁰⁷ เช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) ว่า สิทธิในคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไปเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความคิดซึ่งโต้แย้ง

พันคู่ความในคดีนั้น หมายความว่า คำพิพากษามีลักษณะเด็ดขาดไม่ว่าผลจะทำให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดพอใจ หรือเสียประโยชน์อย่างไรก็จะนำมาฟ้องร้องกันอีกไม่ได้¹⁰⁸

สำหรับคดีปกครองในฝรั่งเศสถือว่าคำวินิจฉัยของศาลที่เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเรื่องหนึ่งย่อมมีลักษณะทั่วไป (orga omnes) สามารถมีผลต่อทุกกรณี โดยเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น บุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่ความจะมาฟ้องศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเดียวกันนั้น อีกไม่ได้¹⁰⁹

นิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรมทางปกครองได้รับการสนับสนุนว่านิติกรรมนั้นเป็นจริงและถูกต้องเช่นกัน จนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยนิติกรรมทางนิติบัญญัติอื่นลบล้างหรือแก้ไขนิติกรรมทางนิติบัญญัตินั้น ส่วนนิติกรรมทางปกครองย่อมถูกยกเลิกเพิกถอนได้โดยฝ่ายปกครองเองหรือโดยทางศาล

นิติกรรมทางนิติบัญญัติจะมีผลบังคับทั่วไป (droit objectif) ส่วนนิติกรรมทางปกครองแยกได้สองกรณี กล่าวคือถ้าเป็นนิติกรรมที่มีผลเฉพาะบุคคล (acte individuel) ย่อมมีผลผูกพันเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่กระทบถึงบุคคลอื่น แต่นิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte reglementaire) ย่อมมีผลเป็นการกระทำผูกพันบุคคลทั่วไปดังที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.3.2

1.3.2 มีผลบังคับโดยทันที นิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดนอกจากจะได้รับการสนับสนุนว่าเป็นจริงและถูกต้องแล้ว ยังจะต้องมีผลบังคับโดยทันทีนับแต่วันที่มีคำวินิจฉัย เว้นแต่จะถูกศาลสูงกว่าพิพากษากลับหรือแก้ไขกรณีที่นิติกรรมนั้นกระทำโดยองค์กรทางศาล¹¹⁰

สำหรับนิติกรรมทางนิติบัญญัติและนิติกรรมทางปกครองย่อมจะมีผลนับแต่วันที่กำหนดไว้ในนิติกรรมนั้น และจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อมีการประกาศ (publication) หรือแจ้งให้

¹⁰⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 148 บัญญัติว่า "คดีที่คำพิพากษาพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว ห้ามมิให้คู่ความเดียวกันหรือร้องฟ้องกันอีก..."

¹⁰⁹รศกิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 16.

¹¹⁰เช่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ว่า "ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และการพิจารณาใหม่คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับตั้งแต่วันที่คำพิพากษาหรือมีคำสั่ง..."

ทราบ (notification)

1.3.3 คำวินิจฉัยมีลักษณะบังคับ นิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรม ศาลปกครองก็ดี หรือขององค์กรอื่น ๆ ก็จะต้องมีลักษณะบังคับให้ต้องปฏิบัติ (caractère obligatoire de la décision du juge) กล่าวคือ ในคดีอาญาจำเลยเป็นฝ่ายแพคดี ศาลจะพิพากษาและบังคับให้จำเลยต้องรับโทษทางอาญาตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าโจทก์เป็นฝ่ายแพคดี ศาลจะบังคับให้โจทก์ต้องปล่อยตัวจำเลยไปเป็นอิสระและจะนำตัวจำเลยมากักขัง คุมขัง หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในเรื่องเดียวกันนั้นอีกไม่ได้ ในคดีแพ่งจำเลยเป็นฝ่ายแพคดีจะต้องถูกบังคับให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลตามคำขอของโจทก์ แต่ถ้าโจทก์เป็นฝ่ายแพคดี โจทก์ก็จะนำเรื่องนั้นมาฟ้องจำเลยอีกไม่ได้และอาจจะต้องชดเชยค่าฤชาธรรมเนียม ค่าเสียหายในการดำเนินคดีแก่จำเลยด้วยก็ได้ ลักษณะที่เป็นการบังคับนี้เป็นลักษณะที่เด็ดขาดและเห็นได้ชัดเจน

ในส่วนของนิติกรรมทางนิติบัญญัติเป็นข้อกำหนด หรือกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับต่อบุคคลทั่วไปให้ต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใด หากฝ่าฝืนจะมีสภาพบังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งมีสภาพบังคับหลายอย่างต่าง ๆ กันไป ตั้งแต่การต้องได้รับโทษทางอาญาจนถึงการชดเชยค่าเสียหาย ซึ่งผลบังคับสำหรับผู้ฝ่าฝืนจะยังไม่มีสภาพบังคับโดยทันที จะต้องให้มีการดำเนินการทางศาลต่อผู้ฝ่าฝืนเพื่อให้มีคำวินิจฉัยในการสั่งใช้สภาพบังคับนั้นเสียก่อน เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้ให้เจ้าพนักงานทางปกครองมีอำนาจกระทำการด้วยตนเองโดยไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล ในบางกรณีอาจจะต้องมีการส่งเรื่องให้ผู้มีอำนาจดำเนินการเป็นผู้สั่งใช้สภาพบังคับ บางอย่างสำหรับผู้ฝ่าฝืน เช่น การเพิกถอนสิทธิการได้รับการบริการสาธารณะ การเข้ารื้อถอนอาคาร สิ่งปลูกสร้างที่ผิดกฎหมาย ถึงแม้สภาพบังคับโดยเจ้าพนักงานทางปกครองเหล่านี้จะมีผลบังคับโดยทันทีอยู่บ้างแต่ก็ยังไม่เด็ดขาด โดยปกติหากเอกชนผู้ฝ่าฝืนไม่ยินยอม หรือโต้แย้งก็ยังคงจำเป็นต้องให้ศาลเข้ามาวินิจฉัยชี้ขาด

สำหรับผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองบางลักษณะ เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงเคลื่อนไหวสิทธิ ซึ่งผู้ฝ่าฝืนอาจจะต้องได้รับโทษทางอาญา การชดเชยค่าเสียหาย หรือการถูกเพิกถอนสิทธิ การได้รับการบริการสาธารณะเช่นกัน แต่บางลักษณะโดยเฉพาะในสัญญาแพ่งทางปกครอง ผลบังคับไม่มีลักษณะบังคับแต่มีลักษณะผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามสัญญา การฝ่าฝืนข้อสัญญาอาจไม่มีผลให้เกิดสภาพบังคับใด ๆ หากนิติกรรมนั้นมีเหตุให้ต้องเสื่อมเสียไปตามหลักการของการทำนิติกรรมตามกฎหมายเอกชน ผลบังคับของนิติกรรมทางปกครองไม่มีลักษณะที่เห็นได้ชัดเจนและแน่นอนในหลาย ๆ กรณีจำเป็นต้องให้องค์กรทางศาลเป็นผู้ทำนิติกรรมทางการวินิจฉัยชี้ขาดกำหนดสภาพบังคับให้ชัดเจนอีกครั้งหนึ่ง

จากข้อพิจารณาถึงข้อแตกต่างระหว่างนิติกรรมทางวินัยซึ่งขัดกับนิติกรรมอื่น ๆ ของรัฐ เป็นเหตุให้ในประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาแนวความคิดทางกฎหมายมหาชน จนเป็นประเทศที่ใช้ระบบ เขตอำนาจทางศาลสองเขตอำนาจในระบบศาลคู่ (la dualité de juridictions) นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1872 เป็นต้นมา ระบบศาลทั้งสองของฝรั่งเศสมีเขตอำนาจทางศาลต่างกันดังนี้

ระบบศาลยุติธรรม (la juridiction judiciaire) เป็นองค์กรทางศาลซึ่งมีเขตอำนาจ ในการตัดสินชี้ขาดคดีแพ่ง คดีพาณิชย์ คดีอาญา และมีเจ้าหน้าที่เป็นของตนเองเรียกว่า เจ้าหน้าที่ทาง ศาลยุติธรรม (autorité judiciaire) โดยมีศาลฎีกา (La cour de cassation) เป็นศาลสูงสุด

ระบบศาลปกครอง (la juridiction administrative) ได้แก่ องค์กรทางศาลซึ่งมี เขตอำนาจในการตัดสินชี้ขาดคดีปกครองและมีเจ้าหน้าที่เป็นของตนเองเรียกว่า เจ้าหน้าที่ทางปกครอง (autorité administrative) โดยมีศาลปกครองฝรั่งเศสหรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นศาลสูงสุด

นอกจากนั้น เนื่องจากมีปัญหาวินิจฉัยเรื่องเขตอำนาจศาลที่ต่างระบบกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน คดีส่วนแพ่งมีปัญหามากในข้อเท็จจริงของแต่ละคดีว่า จะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม หรือ ศาลปกครองจึงได้มีการจัดตั้งศาลระงับความขัดแย้ง (le Tribunal des Conflits) ขึ้นด้วย ตาม รัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 (Loi du 24 mai 1872, Sur l'organisation du Tribunal des Conflits)¹¹¹ อยู่ที่สถานที่ตั้งเดียวกับศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ที่กรุงปารีส โดยมีอำนาจชี้ขาดว่า กรณีที่ศาลยุติธรรมได้รับคดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของตนว่าพิจารณาแต่ เห็นว่าตนมีอำนาจพิจารณาคดีนั้น (conflict positif) หรือทั้งศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองต่าง ปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีนั้นเพราะเห็นว่าตนไม่มีอำนาจ (conflict négatif) ศาลระงับความขัดแย้ง มีอำนาจที่จะตัดสินปัญหานั้น ว่าควรอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลใด รวมทั้งมีอำนาจที่จะตัดสินปัญหาที่ เกิดจากกรณีที่ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างก็ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วในเรื่องเดียวกัน แต่คำ พิพากษานั้นแตกต่างกัน¹¹²

เมื่อศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วจะต้องมีการดำเนินการบังคับคดี สภาการบังคับคดีของศาลยุติธรรมกับสภาบังคับคดีของศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส ต่างก็มีระบบ

¹¹¹Code administratif, p. 450.

¹¹²โรลลิน หลุยส์, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 174-181.

การบังคับคดีเป็นของตนเองต่างหากจากกัน ดังจะได้ศึกษาต่อไป

2. สภาพบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลยุติธรรม

ในสมัยก่อนปฏิวัติในฝรั่งเศสระหว่างปี ค.ศ. 1500 ถึงปี ค.ศ. 1789 คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสอาจถูกบังคับคดีได้ในศาลใด ๆ ในราชอาณาจักรฝรั่งเศสโดยวิธีที่เรียกว่า "pareatis" แต่จะต้องเป็นคำพิพากษาในคดีที่ถึงที่สุดและโต้แย้งอีกไม่ได้ (est passé en force de chose jugée)¹¹³ ซึ่งเป็นหลักของการบังคับคดีต่อมา

สภาพบังคับคดีทางแพ่งในยุคนั้นโดยสังเขปมีดังนี้¹¹⁴

ในเรื่องการส่งมอบการครอบครองโรงเรือนและที่ดิน จำเลยจะต้องส่งมอบการครอบครองที่ดินแก่โจทก์ภายใน 14 วัน ในกรณีที่ดินไม่ได้จะถูกจำคุก

ในคดีที่จำเลยไม่ชำระหนี้ตามคำพิพากษาจะมีการออกคำสั่งส่งไปให้จำเลย และโจทก์จะร้องขอให้ อีอัสซีเอ (huissier) ซึ่งเป็นเจ้าพนักงานศาลตำแหน่งหนึ่ง¹¹⁵ เข้าทำการบังคับคดีพร้อมด้วยเพื่อนบ้านข้างเคียงสองคน โดยจะเข้ายึดสังหาริมทรัพย์ของจำเลยออกขายทอดตลาด

การจำคุกทางแพ่ง (contrainte par corps) จะใช้บังคับคดีที่ถูกหนีหรือจำเลยไม่ยอมชำระหนี้ภายใน 4 เดือน นับแต่วันที่ศาลพิพากษาคดี หรือไม่ยอมส่งมอบทรัพย์สินที่ครอบครอง และในคดีอีกหลายประเภทเช่น คดีตัวเงิน คดีภาษีอากรของรัฐ ซึ่งถูกหนีจะถูกปลดปล่อยหากหาหลักประกันที่เหมาะสมมาวางไว้ต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี หรือด้วยการชำระหนี้ตามที่ศาลมีคำพิพากษา

ภายหลังปฏิวัติในฝรั่งเศส ระบบการบังคับคดีนอกเขตศาลโดยวิธี "pareatis" ได้รับความยกเลิกเนื่องจากการจัดตั้งศาลเฉพาะคดีขึ้นมาอีกมาก เช่น ศาลพาณิชย์ ศาลแรงงาน ศาลที่จะมีอำนาจบังคับคดีคือ ศาลที่ชำระคดีชั้น (tribunal de grande instance) การบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินจะกระทำในศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ ซึ่งศาลที่ดำเนินการบังคับคดี (tribunal d'instance)

¹¹³สุภลักษณ์ จันทพลาบูรณ์, "ระบบการบังคับคดีทางแพ่ง", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 116-117.

¹¹⁴Arthur Engelman, A History of Continental Civil Procedure reprinted, (New York: Sentry Press, 1969), pp.726-728.

¹¹⁵huissier ในวิทยานิพนธ์ของสุภลักษณ์ จันทพลาบูรณ์ แปลว่า "ตำรวจหลวง" แต่ตำแหน่งนี้เป็นเจ้าพนักงานศาลจึงจะขอแปลว่า "เจ้าพนักงานบังคับคดี"

ยังมีอำนาจอายัดค่าจ้างและพิจารณาชี้ขาดข้อโต้แย้งในชั้นบังคับคดีที่อยู่ภายในอำนาจได้ด้วย

2.1 วิธีการบังคับคดี

ในปัจจุบันนี้ การบังคับคดีแห่งของฝรั่งเศสดำเนินการโดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งใหม่ของฝรั่งเศส (Nouveau Code de Procédure Civile) ซึ่งมีสภาพบังคับในการบังคับคดีแห่งดังต่อไปนี้

2.1.1 การบังคับคดีโดยเฉพาะเจาะจง ได้แก่ การบังคับให้จำเลยกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กล่าวบังคับไว้ในคำพิพากษา เช่น การฟ้องบังคับการหย่า เมื่อศาลพิพากษาให้หย่าก็จะมีการบันทึกไว้ในทะเบียนสมรสของคู่ความด้วย ในกรณีที่เป็นการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามกฎหมายเลขที่ 58-1284 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 1958 (décret n° 58-1284 du 22 déc 1958) เช่น การบังคับในการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินจะให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะร้องขอให้บังคับให้จำเลยนั้นชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงให้มากกว่าที่จะบังคับให้จำเลยเพียงแต่ชำระเงินค่าเสียหาย โดยมุ่งประสงค์ให้โจทก์ได้รับชำระหนี้ตรงตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ หากการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกระทำไม่ได้ก็ให้โจทก์ได้รับค่าเสียหายชดเชย

2.1.2 การยึดทรัพย์สินชำระหนี้ กรณีเช่นนี้เกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำพิพากษาให้จำเลยชำระหนี้แก่โจทก์แล้วจำเลยไม่ยอมชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของฝรั่งเศสโจทก์จะร้องขอต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี (huissier) ซึ่งมีฐานะเป็นทั้งเจ้าพนักงานศาล (officier de judiciaire) และเจ้าพนักงานของรัฐบาล (officier ministériel) โดยได้รับภารแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (จึงเป็นเจ้าพนักงานทางปกครองด้วย) ให้มีหน้าที่ในการส่งเอกสารทางกฎหมายชั้นบังคับคดี และเก็บรวบรวมทรัพย์สินเพื่อดำเนินการขายทอดตลาดด้วย เจ้าพนักงานบังคับคดีนี้จะต้องเป็นสมาชิกขององค์กรวิชาชีพ อยู่ร่วมกันเป็นสภานแต่ละกรม (Chambre départementale) ของตนที่สังกัดและมีสภาแห่งแคว้น (Chambres régionales) เป็นผู้ควบคุมการดำเนินการบังคับคดีของเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีเหล่านี้สังกัดอยู่ในกรมบังคับคดีที่ตั้งอยู่ในแคว้นนั้น

วิธีการยึดทรัพย์สินชำระหนี้ของเจ้าพนักงานบังคับคดีฝรั่งเศส เป็นไปโดยวิธีการสังเขปต่อไปนี้

2.1.2.1 การบังคับคดีต่อสิ่งหาริมทรัพย์ (saisie mobilière) ได้แก่ การบังคับยึดสิ่งของ ทรัพย์สิน และพันธบัตรต่าง ๆ เจ้าพนักงานบังคับคดีเป็นผู้ส่งคำบังคับให้ชำระหนี้แก่ลูกหนี้ ถ้าการจ่ายเงินมิได้กระทำภายในหนึ่งวันหลังการส่งคำบังคับได้ผ่านพ้นไปแล้ว ลูกหนี้ยังไม่

ชำระหนี้ เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจเข้าบ้านสถานที่ใด ๆ เพื่อเข้าไปรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยมีผู้ช่วยปิดทรัพย์ (recors) เป็นประจักษ์พยานอย่างน้อยสองคน เมื่อปิดทรัพย์สินต่าง ๆ ได้แล้วจะส่งให้กับผู้รักษาทรัพย์ (gardien) ถ้าเป็นเงินสดจะส่งไปฝากยังสถานรับฝากเงิน (la Caisse des Dépôts et Consignations) ถ้าเป็นวัสดุและเครื่องมือเครื่องใช้ขึ้นการกสิกรรม ก็อาจแต่งตั้งผู้ดูแลรักษา (receveur) และเจ้าพนักงานบังคับคดีจะทํารายการปิดทรัพย์ไว้เป็นหลักฐานเพื่อการขายทอดตลาดต่อไป

ในกรณีที่เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (intangible) เจ้าพนักงานบังคับคดีจะใช้วิธีการแจ้งอายัด (saisie-arrêt) สิทธินั้นแทนการปิด ส่วนการปิดพืชผลและรังนกพืช ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 626, 628 ใช้วิธีการปิดแบบ saisie-brandon โดยจะปิดเร็วกว่า 6 สัปดาห์ก่อนการสุกของพืชผลไม่ได้ และในการแต่งตั้งผู้ดูแลรักษาทรัพย์ต้องให้เจ้าพนักงาน garde champêtre เป็นผู้ดูแลรักษา

2.1.2.2 การบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์ (saisie immobilière)

ได้แก่ คดีที่ฟ้องเรียกสิทธิตามสัญญาเกี่ยวกับที่ดิน สัญญาจำนอง สิทธิในบ่อน้ำ และทรัพย์สินติดกับที่ดินอื่น ๆ รวมทั้งสิทธิเก็บกินและสิทธิอื่น ๆ ในที่ดิน เจ้าพนักงานบังคับคดีจะส่งคำบังคับให้ชำระหนี้ พร้อมทั้งแจ้งว่าหากฝ่าฝืนจะทํารายการปิดทรัพย์ และจะส่งสำเนาคำบังคับนี้ไปยังสำนักงานทะเบียนที่ดินสาธารณะภายใน 90 วันของการส่งหนังสือ การบันทึกคำบังคับนี้จะมีผลเหมือนกับการทํารายการปิดทรัพย์ในการบังคับคดีต่ออสังหาริมทรัพย์ที่ทรัพย์สินถูกกักกั้นเอาไว้ในความปลอดภัยของศาล หลังจากนั้นเจ้าของทรัพย์ก็ไม่สามารถที่จะทํารายการย้ายใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นได้อีก แม้แต่การให้เช่าซึ่งหากเกิดขึ้นก็จะไม่ผูกพันเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา ยิ่งไปกว่านั้นเจ้าของทรัพย์สินก็ยังคงรับผิดชอบต่อค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาอีกด้วย ถ้าเขาได้กระทำความคิดที่ทรัพย์สินนั้นเสื่อมค่าลง

2.1.2.3 การขายทอดตลาดทรัพย์สิน ภายใน 40 วัน ของการส่ง

คำบังคับให้ชำระหนี้ดังกล่าว คู่ความจะต้องเตรียมเอกสารที่เรียกว่า บัญชีสิทธิเรียกร้อง (cahier des charges) ระบุรายการต่าง ๆ เกี่ยวกับเงื่อนไขของการขายทรัพย์ รวมทั้งเวลาและสถานที่ที่จะทํารายการขาย การสุ่มราคาขั้นต่ำ ลักษณะทรัพย์สินที่ถูกยึด ในกรณีของอสังหาริมทรัพย์ บรรดาผู้ที่มีชื่อถือสิทธิต่าง ๆ ในที่ดินตามทะเบียนที่ดิน จะได้รับหนังสือเชิญให้มาตรวจสอบเอกสารบัญชีสิทธิเรียกร้อง และแสดงข้อคัดค้านใด ๆ ต่อศาล ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้แก้ไขรายการในบัญชีสิทธิเรียกร้องดังกล่าวก็ได้

หลังจากที่มีการโต้แย้ง และเอกสารบัญชีสิทธิเรียกร้อง

ได้รับการแก้ไขแล้ว จะมีการพิมพ์ประกาศขายทรัพย์สินที่ยึดเป็นการทั่วไป ซึ่งศาลจะสั่งให้มีการประกาศเพิ่มเติม หรือน้อยลงเพียงใดก็ได้ การประกาศนี้จะต้องกระทำในระหว่างวันที่ 15 และ 30 ก่อนการขาย

ในวันขายทอดตลาดผู้เข้าสู่ราคาต้องเข้าสู่ราคาต่อเจ้าพนักงานผู้ขายทอดตลาด (Avoué) ทรัพย์สินนั้นจะตกแก่ผู้สู่ราคาสูงสุด และจะต้องจ่ายเงินภายใน 3 วันนับแต่ชนะการสู่ราคา เจ้าพนักงานจะรายงานการขายทอดตลาดต่อศาลและศาลก็จะทำคำสั่งว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของผู้ประมูลได้พร้อมทั้งบันทึกไว้ในสำเนาคำพิพากษาและ cahier des charges

2.1.2.4 การจำคุกลูกหนี้ตามคำพิพากษา ดังที่ได้อธิบายในตอนต้นว่าก่อนการปฏิบัติในฝรั่งเศสได้มีการให้จำคุกทางแพ่ง (contrainte par corps) แก่ลูกหนี้หรือจำเลยที่ไม่ยอมชำระหนี้ แต่ต่อมาการบังคับคดีโดยวิธีนี้ได้กลายเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1857 เป็นต้นมา¹¹⁶

2.2 ทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดี

ตามกฎหมายของฝรั่งเศสมีทรัพย์สินหลายชนิดที่ไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดีคือ

2.2.1 สาธารณสมบัติของแผ่นดิน (domaine public) ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 537, 538¹¹⁷

2.2.2 อสังหาริมทรัพย์ที่เป็นสินส่วนตัวของบุคคลโดยเฉพาะ เช่น สิทธิตามจารีตประเพณี และสิทธิในที่อยู่อาศัย รวมทั้งสิทธิส่วนบุคคลที่โอนไม่ได้ในการที่จะอยู่อาศัยในสิ่งปลูกสร้าง หรือการเก็บเกี่ยวพืชผลบนที่ดินอันเป็นสิทธิเฉพาะตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 630 ถึงมาตรา 634

2.2.3 สิทธิของบิดามารดาที่จะได้รายได้อันเกิดจากทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ตามข้อผูกพันที่ว่าจะนำไปใช้ในการเลี้ยงดูบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 384, 385

2.2.4 เรือเดินทะเลที่พร้อมจะออกเดินทะเล ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

¹¹⁶Répertoire de Procédure Civile et Commerciale, อ้างถึงใน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 114.

¹¹⁷André de Laubadère, Traité Élémentaire de Droit Administratif, p. 130-132.

เสส มาตรา 215

2.2.5 เครื่องนุ่งห่มที่จำเป็น รวมทั้งเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพ ของลูกหนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 592, 593

2.2.6 ค่าจ้าง ค่าตอบแทนแรงงาน และเงินอย่างอื่นที่จ่ายโดยรัฐบาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 561 และ Code du Travail

2.2.7 ทรัพย์สินบางอย่างของรัฐบาล ตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1958 มาตรา 34 ให้อำนาจที่จะตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรมหาชน ซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับที่กำ หนดการจัดตั้งองค์กรมหาชนขึ้น ทรัพย์สินบางอย่างของรัฐบาลในองค์กรมหาชนเหล่านี้ ศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de cassation) แผนกคดีแพ่งตัดสินว่าจะยึดทรัพย์สินของรัฐไม่ได้

2.3 การร้องขอตัดทรัพย์สิน

ในกรณีที่บุคคลที่สามจะเข้ามาเรียกร้องขอทับส่วยทรัพย์สินที่ถูกยึดไว้ โดยอ้าง ความเป็นเจ้าของหรือความที่ตนมีสิทธิเหนือทรัพย์สิน (in rem) ที่ถูกยึด บุคคลภายนอกนั้นก็อาจจะ แสดงข้อเรียกร้องดังกล่าวต่อเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งเจ้าพนักงานบังคับคดีจะบันทึกไว้และเสนอต่อ ศาลที่พิจารณาคดี (en référé) ถ้าหากรายการยึดทรัพย์สินได้ทำเสร็จเรียบร้อยแล้ว บุคคลภายนอกนั้น ก็อาจทักัดค้าน (ajournement) ส่งไปให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้รักษาทรัพย์สินนั้นด้วย ศาลจะทำการ ไต่สวนหาพิพาทค้ำนั้น โดยยังไม่มีการขายทรัพย์สิน หากเป็นการเรียกร้องภายหลังการขายทอดตลาดแล้ว บุคคลนั้นอาจดำเนินคดีต่อผู้ซื้อได้โดยตรง ภายใต้หลักกฎหมายแพ่ง ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 608, 2279 ว่าผู้ที่ได้สั่งห้ามทรัพย์สินมาโดยเจตนาสุจริตย่อมได้รับสิทธิที่ดี เว้นแต่เป็นกรณีที่ ทรัพย์สินสูญหายหรือถูกขมย

2.4 ความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานบังคับคดี

เจ้าพนักงานบังคับคดี (huissier) ของฝรั่งเศสจะไม่ได้รับค่าจ้างจากรัฐ บาล แต่จะได้รับค่าธรรมเนียมตามตารางที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ได้แก่ค่ากระต่าย ค่าใช้จ่ายใน การบังคับคดี ค่าเดินทาง ค่าธรรมเนียมที่ให้แก่การเตรียม และการให้บริการตามกฎหมาย แต่เจ้า พนักงานบังคับคดี ซึ่งมีสำนักงานเป็นของตนเองได้รับแต่งตั้งเป็นทางการจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ยุติธรรม สำหรับการบังคับคดีในท้องถิ่นนั้น มีฐานะเป็นทั้งเจ้าพนักงานทางปกครอง (officiers ministériel) และเจ้าพนักงานทางศาล (officiers de judiciaire)¹¹⁸

เจ้าพนักงานบังคับคดีของฝรั่งเศสจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวหากกระทำการไม่ถูก ต้องและเกิดความเสียหาย เช่นการปฏิบัติโดยประมาทในการส่งเอกสารทางกฎหมายหรือกรณีเพิกเฉย

ไม่กระทำการบังคับคดีโดยเร็วตามสมควร ไม่กระทำการปิดอันควรรปิด นอกจากนั้น เจ้าพนักงานบังคับคดียังต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของเสมียน เจ้าพนักงานบังคับคดียังต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้ประกอบวิชาชีพนี้อีกด้วย และค่าเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ถูกต้องของเจ้าพนักงานบังคับคดี กรมสภาเจ้าพนักงานบังคับคดี (chambre départementale) จะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย

3. สภาพบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครอง

ก่อนปี ค.ศ.1789 กษัตริย์ฝรั่งเศสทรงมี "สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (le Conseil d'Etat du roi หรือ le Conseil du roi)" โดยกษัตริย์ทรงเข้าประชุมร่วมกับขุนนาง เพื่อฟังคำแนะนำหรือข้อปรึกษาหารือด้านต่าง ๆ ในการปกครองประเทศ ต่อมาได้มีองค์กรหนึ่งแยกตัวออกไปเป็น "ศาลบารเลอมองต์ (Parlement)" ซึ่งกษัตริย์ทรงมอบหมายให้เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ในการพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนปัญหาต่าง ๆ ในการปกครองประเทศกษัตริย์ยังคงสงวนไว้ให้อยู่ในอำนาจของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ แต่ต่อมาได้มีความขัดแย้งระหว่างองค์กรทั้งสองนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลบารเลอมองต์ได้พยายามใช้อำนาจแทรกแซงกิจการทางด้านปกครองของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์¹¹⁹ ประกอบกับได้มีอิทธิพลของแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็นสามอำนาจของมองเตสกีเออแพร่หลายในหมู่นักคิดนักปรัชญาชาวฝรั่งเศสสมัยนั้น ทำให้ต่อมาเมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 จึงได้มีการยกเลิกสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์และศาลบารเลอมองต์ โดยได้มีการจัดตั้งศาลยุติธรรมซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ได้รับการเลือกตั้งจากทั้งสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์และคดีอาญา

ในปี ค.ศ.1790 ได้มีการตรารัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16-24 สิงหาคม 1790 มาตรา 13 (loi des 16 et 24 août 1790, Sur l'organisation judiciaire article 13) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า "หน้าที่ทางศาลยุติธรรมแตกต่างและแยกจากหน้าที่ทางปกครอง เว้นแต่กรณีการกระทำผิดอาญาของข้าราชการ ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจสร้างความยุ่งยากใด ๆ แก่การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานทางปกครอง ศาลไม่มีอำนาจเรียกเจ้าพนักงานทางปกครองให้มาปรากฏตัวต่อ

¹¹⁸ศุภลักษณ์ จันทพลาบูรณ์, "ระบบการบังคับคดีทางแพ่ง", หน้า 131-132.

¹¹⁹ชาญชัย แสวงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ"พนักงานคดีปกครอง" ในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรม ของประชาคมยุโรป และของประเทศไทย", วารสารกฎหมายปกครอง 7 (สิงหาคม 2531): 306-307.

ศาลด้วยเหตุที่จะให้ทราบถึงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น"¹²⁰ ส่วนข้อพิพาททางปกครองนั้นนักปณิธิฝรั่งเศสได้ตรารัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 6-11 กันยายน 1790 กำหนดให้องค์กรและเจ้าพนักงานทางปกครองเป็นผู้วินิจฉัย ประเทศฝรั่งเศสจึงเริ่มมีการแบ่งแยกคดีปกครองออกจากคดีแพ่งและคดีอาญานับแต่นั้นมา

ในปี ค.ศ.1799 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1799 พร้อมกับจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (le Conseil d'Etat) ขึ้น กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่สองประการใหญ่ ๆ คือ จัดทำร่างกฎหมายแก่หัวหน้าฝ่ายบริหารกับเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร และในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้ สภาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครองและเสนอข้อพิพาทให้ประมุขของรัฐ เป็นผู้พิจารณาว่า ควรจะวินิจฉัยตามที่สภาแห่งรัฐเสนอมาหรือไม่ ระบบการวินิจฉัยคดีปกครองแบบนี้เรียกว่า "ระบบสงวนอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด (la justice retenue)" แต่ในทางปฏิบัติแล้วประมุขของรัฐก็จะวินิจฉัยตามที่สภาแห่งรัฐเสนอมา¹²¹

ต่อมา ได้มีการตรารัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 (Loi du 24 mai 1872, Sur l'organisation du Conseil d'Etat) มอบให้สภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) เป็นผู้ถืออำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ โดยไม่ต้องส่งไปให้ประมุขของรัฐชี้ขาดอีก ระบบการวินิจฉัยคดีปกครองแบบนี้เรียกว่า "ระบบมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด (la justice déléguée)"¹²² คือ การให้ความยุติธรรมทางปกครองซึ่งเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ ได้ถูกมอบมาให้ศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) เป็นผู้วินิจฉัย

ในปี ค.ศ.1953 ได้มีการตรากฎหมายลงวันที่ 30 กันยายน 1953 (Décret n° 53 - 934 du 30 septembre 1953, Portant réforme du contentieux

¹²⁰Code administratif, p.17-18.

¹²¹René Chapus, Droit du contentieux administratif, Editions Montchestien, 1982, p.10., อ้างถึงในชาดูชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ "พนักงานคดีปกครอง" ในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป และของประเทศไทย, : 308.

¹²²George Vedel, Droit administratif, P.U.F., 1976 p.77., อ้างถึงใน, เรื่องเดียวกัน: 308.

administratif)¹²³ ทั้มี Tribunal administratif เป็นศาลปกครองชั้นต้นในระดั้จังหวัด และมีเขตอำนาจจำกัดเฉพาะที่กฎหมายกำหนด ส่วนศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ภายมาเป็นศาลอุทธรณ์และเป็นศาลสุดท้าย แต่ศาลปกครองฝรั่งเศส ก็ยังคงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคติปกครองบางประเภทได้เอง เช่นคดีที่ขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะบังคับทั่วไป (les actes réglementaires) ของรัฐมนตรี

ต่อมาในปี ค.ศ.1987 ได้มีการตรารัฐธรรมนูญติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 จัดตั้งศาลอุทธรณ์คดีปกครอง (Cour d'appel)¹²⁴ ขึ้น ทั้ทำให้ศาลปกครองฝรั่งเศสปัจจุบันมีสามระดับ คือ ศาลชั้นต้น (Tribunal administratif) ศาลอุทธรณ์ (Cour d'appel) และศาลสุดท้ายคือ ศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) เป็นปัจจุบัน

สำหรับการจัดองค์กรของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ในปัจจุบันเป็นไปตามเอกสารผนวก ง.

3.1 ประเภทคดีปกครอง

การที่จะศึกษาถึงสภาพบังคับและวิธีการบังคับคดีปกครองของฝรั่งเศส ภายหลังจากที่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาด จำเป็นจะต้องเข้าใจถึงการแบ่งประเภทคดีปกครองต่าง ๆ ในฝรั่งเศสก่อน เพราะในแต่ละประเภทของคดีจะมีการวินิจฉัยชี้ขาดตามคำร้อง คำฟ้อง ที่แตกต่างกันตามประเภทของข้อหาและผลของการวินิจฉัย จึงเป็นเหตุให้สภาพของการบังคับคดีและวิธีการบังคับคดีมีความแตกต่างกัน และการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น ก็ย่อมแตกต่างกันไปด้วย

ในการจัดประเภทคดีปกครอง โดยทั่วไปยอมรับกันว่าแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ คดีปกครองแบบภ่ววิสัย (objectif) กับคดีปกครองแบบอัตวิสัย (subjectif) แต่นักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสก็มีความเห็นแตกต่างกันอยู่บ้างในวิธีจัดประเภทของคดีตามรูปแบบ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะถือเอาการจัดประเภทของคดีปกครองฝรั่งเศสตามความเห็นของศาสตราจารย์ Auby และ

¹²³Code administratif, p. 421-424.

¹²⁴รายละเอียดปรากฏในรัฐธรรมนูญติ เลขที่ 87-1127 ลงวันที่ 31 ธันวาคม 1987 (Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, Portant reforme du contentieux administratif), ใน Code administratif, (Paris: Générale Dalloz, 1989), p. 486-489.

ศาสตราจารย์ Drago¹²⁵ มาศึกษาดังนี้

3.1.1 คดีที่ศาลมีคำสั่งแสดงถึงความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Contentieux de la déclaration) ได้แก่ คดีดังต่อไปนี้

3.1.1.1 การร้องขอนิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์ของกฎหมาย ผู้มีสิทธิร้องขอต่อศาลปกครอง คือ รัฐมนตรีเท่านั้น ทั้งนี้เพราะเมื่อมีการแยกการปกครองท้องถิ่นจากการปกครองส่วนกลาง เพื่อให้มีความอิสระในการดำเนินงาน รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องไม่อาจบังคับบัญชาองค์กรส่วนท้องถิ่น คงมีอำนาจกำกับดูแลเท่านั้น รัฐมนตรีไม่มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองขององค์กรส่วนท้องถิ่นที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย จำเป็นต้องร้องขอให้ศาลสั่งว่านิติกรรมทางปกครองบางอย่างที่รัฐมนตรีเห็นว่า องค์กรบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นทำไม่ถูกต้องเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้ศาลสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว

3.1.1.2 การร้องขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองอันเป็นประเด็นแห่งคดีในศาลยุติธรรม ผู้มีสิทธิร้องขอต่อศาลคือ คู่ความในศาลยุติธรรม ที่มีการฟ้องร้องกันที่ศาลยุติธรรม และมีประเด็นของนิติกรรมทางปกครองมาเกี่ยวข้องในคดี

¹²⁵การแบ่งประเภทคดีปกครองของฝรั่งเศส โดยสรุป Laferriers ได้แบ่งเป็น 4 ประเภทคือ คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (Contentieux de pleine juridiction) คดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน (Contentieux de l'annulation) คดีที่ศาลมีอำนาจตีความ (Contentieux de l'interprétation) และคดีที่ศาลมีอำนาจลงโทษ (Contentieux de la repression) ส่วนศาสตราจารย์ Duguit แบ่งออกเพียง 2 ประเภท คือ คดีปกครองแบบภววิสัย (Contentieux objectif) คดีปกครองแบบอัตวิสัย (Contentieux subjectif) ส่วนศาสตราจารย์ Auby และศาสตราจารย์ Drago ยอมรับการแบ่งประเภทของคดีของศาสตราจารย์ Duguit แต่เรียกคดีแบบภววิสัยว่า คดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Contentieux de la Légalité) และเรียกคดีแบบอัตวิสัยว่า คดีเกี่ยวกับสิทธิ (Contentieux des droits) ในการยึดถือรูปแบบการแบ่งประเภทคดีปกครองในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นไปตามเอกสารบรรยายของโรกิน พลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง" และหนังสือ J.M.Auby et Drago, Traité de Contentieux administratif, Tome II, 3^eéd., (Paris: Jurisprudence Générale Dalloz, 1984), p. 86-180.

ของตนว่าจะสมบูรณ์หรือขอด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองจะวินิจฉัยชี้ขาดเพียงว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นขอด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ไม่มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมที่เห็นว่าไม่ขอด้วยกฎหมาย

3.1.1.3 การร้องขอให้ศาลปกครองตีความนิติกรรมทางปกครองอันเป็นประเด็นแห่งคดีในศาลยุติธรรม ผู้มีสิทธิร้องขอต่อศาล คือคู่ความในศาลยุติธรรมที่มีการฟ้องร้องกันภายในศาลยุติธรรม แต่มีประเด็นที่จะให้ศาลตีความเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่เป็นประเด็นแห่งคดีในศาลยุติธรรม คู่ความก็อาจจะร้องขอต่อศาลปกครองให้ตีความประเด็นนั้น ศาลปกครองจะมีอำนาจเพียงเท่าที่คำสั่งในรูปของคำประกาศว่านิติกรรมทางปกครองนั้น มีความหมายอย่างไรเท่านั้นไม่มีอำนาจพิจารณาถึง ความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมนั้น

3.1.1.4 การร้องขอต่อศาลปกครองโดยตรงให้ตีความนิติกรรมทางปกครอง ผู้มีสิทธิร้องขอคือ บุคคลใด ๆ ที่มีส่วนได้เสียในนิติกรรมทางปกครองนั้นหรืออยู่ในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานะของผู้ร้องอันเนื่องมาจากนิติกรรมทางปกครองนั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีคดีฟ้องร้องกันภายในศาลยุติธรรม ศาลปกครองจะมีอำนาจเพียงตีความนิติกรรมนั้นเท่านั้น

3.1.2 คดีเกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (Contentieux de l'annulation) ได้แก่ คดีดังต่อไปนี้

3.1.2.1 การฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ผู้มีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองให้สั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองใด ๆ ได้แก่ ผู้ซึ่งมีส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจง (Intérêt direct et personnel) แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นส่วนได้เสียเฉพาะผู้ฟ้องเท่านั้น ส่วนได้เสียของแคววงหรือชุมชนของผู้ยื่นคำฟ้องที่สังกัดอยู่ ก็เป็นเหตุให้มีสิทธิยื่นคำฟ้องได้ แต่ไม่ขยายไปถึงชุมชนระดับชาติ คำฟ้องแบบนี้ เรียกว่า เป็นการฟ้องให้ศาลพิจารณานิติกรรมของฝ่ายปกครองที่กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ (Recours Pour excès de pouvoir: R.E.P.) โดยผู้ยื่นคำฟ้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่สมบูรณ์ ไม่ขอด้วยกฎหมาย หรือที่ฝ่ายปกครองกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ โดยไม่ได้รับร้องค่าเสียหายใด ๆ หรือเรียกร้องอย่างอื่น ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่า นิติกรรมทางปกครองที่ถูกฟ้องนั้นเป็นนิติกรรมที่ขอด้วยกฎหมายหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ขอด้วยกฎหมาย ไม่สมบูรณ์ หรือกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ ศาลปกครองก็จะสั่งเพิกถอนนิติกรรมนั้น แต่จะไม่ออกคำสั่งใหม่แทนคำสั่งที่ถูกเพิกถอนหรือมีคำสั่งห้ามการกระทำใด ๆ ในนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้น

ในคดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ศาลจะไม่ทำตัวเป็นฝ่ายปกครองโดยออกนิติกรรมฉบับใหม่แทนนิติกรรมทางปกครองฉบับที่สั่งเพิกถอนนั้นเสีย

เอง ศาลจะยึดหลักว่า ฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำนิติกรรมทางปกครอง ส่วนศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่านิติกรรมนั้นถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลจะไม่บังคับว่าฝ่ายปกครองต้องกระทำนิติกรรมทางปกครองที่ศาลเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาใหม่ เพราะมีเวลานั้นแล้วจะกลายเป็นว่า ศาลทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง แม้ศาลจะมีคำวินิจฉัยว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและสั่งเพิกถอนศาลก็จะไม่เพิกถอนนิติกรรมนั้นเอง ทั้งไม่ออกนิติกรรมฉบับใหม่ แทนฉบับที่ถูกเพิกถอน แต่ศาลจะกล่าวในคำวินิจฉัย ว่าเป็นแนวทางแก่ฝ่ายปกครองว่า ฝ่ายปกครองควรจะทำอย่างไรต่อไป ในเมื่อศาลเห็นว่า นิติกรรมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองอาจปฏิบัติตามกฤษฎีกาที่ 63-766 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1963 และกฤษฎีกาที่ 75-791 ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1975 ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองหาหรือมายังศาลปกครองฝรั่งเศสว่า ควรจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลอย่างไรจึงจะถูกต้อง

3.1.2.2 การฟ้องคดีขอต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม ผู้มีสิทธิ์

ฟ้องต่อศาลคือผู้ที่มีส่วนได้เสียโดยตรงและเฉพาะเจาะจง เช่นเดียวกับในข้อ 3.1.2.1 แต่เป็นการฟ้องที่เรียกว่าเป็นการฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจเต็ม (Recours de pleine juridiction) กล่าวคือผู้ฟ้องร้องขอต่อศาล เรียกว่าเสียหายอันเนื่องมาจากนิติกรรมทางปกครอง เช่น การฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นว่านิติกรรมทางปกครองที่ถูกฟ้องนั้นไม่ชอบศาลก็มีอำนาจสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น และกำหนดค่าเสียหายให้ผู้ฟ้องได้ด้วย

ในคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนี้ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยและสั่งให้ฝ่ายปกครองใช้ค่าเสียหาย หรือทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ตามที่กฎหมายบัญญัติอย่างเต็มที่ เช่น ในกรณีที่การดำเนินการเลือกตั้งระดับท้องถิ่นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการเลือกตั้งนั้น และสั่งให้ฝ่ายปกครองจัดให้มีการเลือกตั้งขึ้นมาใหม่ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลจะไม่บังคับว่าฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามคำสั่งของศาล การที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติตามคำสั่งของศาลหรือไม่เป็นความสมัครใจของฝ่ายปกครองเอง ศาลยังยึดหลักที่ว่า ศาลเป็นเพียงผู้วินิจฉัย จะไม่ทำตนเป็นฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะไม่มีการตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดีเหมือนศาลยุติธรรม แต่จะมีมาตรการบังคับคดีปกครองตามกฎหมายให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดบางประการ หากไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ดังจะกล่าวต่อไป

3.2 การบังคับคดีปกครอง

ทฤษฎีผลบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาด (Théorie d'Autorité de la chose jugée) ใช้ในกรณีของคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครองด้วย กล่าวคือ ผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดต้อง

สันนิษฐานว่าชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะบังคับ (caractère obligatoire de la décision de juge) คือฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย แม้ศาลจะไม่ตัดสินโดยตรง แต่ฝ่ายปกครองต้องเข้าใจเอาเองว่า มีคำวินิจฉัยออกมาว่า ฝ่ายปกครองกระทำการใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องแก้ไขให้การกระทำของตนชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะลงมือกระทำหรืองดเว้นกระทำ¹²⁶ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองฝรั่งเศสก็มีอำนาจหน้าที่ที่ต้องติดตามดูแลให้มีการดำเนินการตามคำวินิจฉัยของศาลด้วย

งานบังคับคดีปกครองของฝรั่งเศสอยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการรายงานและการวิจัย (Commission du Rapport et des Etudes) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำรายงานประจำปี ทำการวิเคราะห์วิจัยและติดตามผลการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส¹²⁷ แต่งานการบังคับคดีของศาลปกครองฝรั่งเศสไม่เหมือนกับงานบังคับคดีของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ เพราะแม้คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครองจะมีผลบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตาม แต่ก็ไม่มีเจ้าหน้าที่บังคับคดีดำเนินการบังคับตามคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตาม ถ้าฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ก็เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบ การจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดหรือไม่เป็นเรื่องความสมัครใจของฝ่ายปกครอง (exécution volontaire) เพราะแม้แต่เจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลยุติธรรมเองก็เป็นเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองด้วย ในประเทศฝรั่งเศสจึงมีกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ซึ่งในกรณีเช่นนี้เอกชนจะทำได้ก็โดยฟ้องศาลเรียกค่าเสียหายจากฝ่ายปกครองฐานละเมิดต่อไป¹²⁸

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการรายงานและการวิจัยเป็นไปตามกฎฎีกาที่ 63-766 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1963 (Décret n° 63-766 du 30 juillet 1963) และกฎฎีกาที่ 75-791 ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1975 (Décret n° 75-791 du 30 juillet 1963)¹²⁹ ในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับคดี คณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่ดังต่อไปนี้

3.2.1 ให้คำแนะนำแก่ฝ่ายปกครองว่า ควรจะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของ

¹²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "วิธีพิจารณาคดีปกครองในฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 7 (ธันวาคม 2531): 737.

¹²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและบทบาทของ"พนักงานคดีปกครอง"ในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรม ของประชาคมยุโรป และของประเทศไทย", : 392.

ศาลอย่างไรจึงจะถูกต้อง ตามข้อหาหรือของรัฐมนตรี เจ้าสังกัดของฝ่ายปกครองที่มีปัญหา เพื่อจะได้ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติได้ถูกต้องต่อไป

3.2.2 รับเรื่องร้องเรียนจากเอกชน ในการที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล และเตือนให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะนำลงตีพิมพ์ในรายงานการวิเคราะห์ วิจัย ประจักษ์ของศาลปกครองฝรั่งเศส

3.2.3 ทว่าการวิเคราะห์ วิจัย ให้เห็นถึงความยากลำบากของศาลปกครอง ในการที่จะให้มีมาตรการบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล อย่างไรก็ตามรายงานนี้ไม่เป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณะ และไม่ตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา แต่รัฐบาลก็ได้ตัดเอาที่สำคัญออกเผยแพร่โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการบังคับให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครอง¹³⁰

3.3 ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองหากไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด

ตามกฎญีกาที่ 63-776 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1963 เมื่อศาลปกครองมีคำวินิจฉัยชี้ขาดถึงที่สุดแล้ว หากฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น เอกชนที่เป็นคู่ความอาจร้องขอต่อศาลปกครองฝรั่งเศสภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่มิคำวินิจฉัยชี้ขาด คำร้องนี้พนักงานคดีปกครอง (Commissaire du Gouvernement) ในแผนกคณะรายงานและการวิจัย (Commission du Rapport et des Etudes) ของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) จะทำการพิจารณาศึกษาข้อเท็จจริงตามที่ร้องเรียนและเตือนให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด

ถ้าฝ่ายปกครองยังคงเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลแล้ว จะมีมาตรการดังต่อไปนี้

3.3.1 ตามรัฐบัญญัติเลขที่ 76-1211 ลงวันที่ 24 ธันวาคม 1976 (Loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976) ผู้ตรวจการรัฐสภาฝรั่งเศส (médiateur) มีอำนาจตรวจตราและสั่งให้หน่วยงานของฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ถ้าสั่งแล้วหน่วยงานของฝ่ายปกครองนั้นไม่ปฏิบัติตาม ผู้ตรวจการรัฐสภามีอำนาจที่จะเอาเรื่องราวที่หน่วยงานของฝ่ายปกครองนั้นไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลและตามคำสั่งของผู้ตรวจการรัฐสภา

¹²⁸เรื่องเดียวกัน: 740.

¹²⁹Code administratif, p. 429-421.

¹³⁰โรกิน พลกุล, "กฎหมายปกครองฝรั่งเศส", : 73.

ตีพิมพ์ในรายงานประจำปี (Journal officiel)

3.3.2 ตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ 80-539 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 (Loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, Astreintes administratives et exécution des jugements) และกฤษฎีกาฉบับที่ 81-501 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 1981 (Décret n°81-501 du 12 mai 1981, Astreintes administratives et exécution des jugements)¹³¹บัญญัติว่า คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลที่กำหนดค่าให้ฝ่ายปกครองต้องจ่ายเงินค่าเสียหาย ฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายเงินค่าเสียหายภายใน 4 เดือนนับแต่ทราบคำวินิจฉัยชี้ขาด หากฝ่ายปกครองยังคงไม่จ่ายเงินค่าเสียหายดังกล่าว หรือไม่ยอมเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ศาลสั่งเพิกถอนภายใน 6 เดือนนับแต่มีคำวินิจฉัยชี้ขาด เอกชนผู้เป็นคู่ความอาจร้องขอให้คณะรายงานและการวิจัยของศาลปกครองฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) เติมนำให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล และศาลอาจจะสั่งให้ฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าเสียหายและดอกเบี้ยตามจำนวนที่ล่าช้าไปนั้นด้วย คำสั่งนี้จะส่งตรงไปยังเจ้าหน้าที่การเงินของหน่วยงานนั้น ถ้าหน่วยงานนั้นไม่จ่ายจะมีความผิดและจะมีการดำเนินการต่อไปในข้อ 3.3.3

3.3.3 ในกรณีที่ฝ่ายปกครองยังคงละเลยไม่ปฏิบัติตามคำเตือนที่ห้ามปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของหน่วยงานนั้นผู้มีหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องนำหน่วยงานนั้นปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาล ซึ่งมีเจตนาฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้เป็นคู่ความในคดีนั้น ก็อาจถูกเอกชนผู้ซึ่งได้รับความเสียหายฟ้องร้องต่อศาลวินัยงบประมาณและการคลัง (Cour de Discipline budgétaire et financière) ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเป็นส่วนตัวรวมละเมิดหรือทั้งต้องรับผิดทางวินัย นอกจากนั้นอาจจะถูกดำเนินคดีในศาลยุติธรรมในทางอาญาด้วย ศาลวินัยงบประมาณและการคลังอาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเดือนส่วนตัวของตนถึงหนึ่งปีก็ได้¹³²

โดยสรุปแล้ว ตามหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส คู่ความที่มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศส หลังจากที่มีการวินิจฉัยชี้ขาดถึงที่สุดแล้ว จะ

¹³¹Code administratif, p.268, 347, 531, 707, 708.

¹³²J.M.Auby et R.Drago, Traité de contentieux administratif, p. 316-317.

ว่ามีภาระผูกพันเอาความเหมาะสมหรือข้อกฎหมายใด ๆ ขึ้นมาอ้าง เพื่อที่จะได้ไม่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้น หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยชี้ขาด เอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัยของศาลมีหลักประกันที่แน่นอนว่า เขาจะได้รับชดเชยความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น อันเนื่องมาจาก การไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยนั้น รวมทั้งฝ่ายปกครองมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยโดยไม่มีจำเป็นต้องมีการร้องขอชดเชยในประเด็นเรื่องเดียวกันนั้นอีก ตัวอย่างเช่น นายกเทศมนตรีมีอำนาจที่จะสั่งพักงานยามประจำคอมมูนไว้ได้คราวละ 1 เดือน แต่นายกเทศมนตรีต้องการที่จะปลดยามผู้นั้นออกจากงานจึงได้ลงนามสั่งพักงานยามผู้นั้นทีละฉบับ ๆ ทุก ๆ ต้นเดือน คำสั่งพักงาน 10 ฉบับแรกถูกศาลสั่งเพิกถอน เพราะเป็นการสั่งพักงานซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย นายกเทศมนตรีมีความผูกพันที่จะต้องหยุดลงนามในคำสั่งพักงานยามผู้นั้นอีกต่อไปด้วยเหตุอันเดียวกัน ซึ่งหากยังคงลงนามสั่งพักงานอีกก็จะต้องถูกเพิกถอน¹³³ แต่ศาลปกครองฝรั่งเศสจะไม่ทำตัวเป็นฝ่ายปกครองโดยสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเสียเอง หรือออกนิติกรรมฉบับใหม่แทนนิติกรรมที่ถูกเพิกถอน แต่ศาลจะแจ้งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการเพิกถอนนิติกรรมซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย และวางแนวทางให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามต่อไปภายหลังจากที่มีการเพิกถอนนิติกรรมนั้นแล้ว

หลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่ศาลจะไม่กระทำตัวเป็นฝ่ายปกครองเองดังกล่าว ศาลยุติธรรมในประเทศไทยและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ได้รับเอามาเป็นแนวทางในการวินิจฉัยชี้ขาดการกระทำทางปกครองด้วย แต่ความเข้าใจในหลักกฎหมายปกครองส่วนอื่นตลอดจนระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองในประเทศไทยนี้มีความแตกต่างจากหลักกฎหมายปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสอยู่มาก ดังจะได้กล่าวในบทต่อไป

ศูนย์วิทยพัชร์พยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹³³René Chapus, Droit Administratif Général 2^e édition (Paris: Montchrestien, 1985), p.583-585.